



UNIVERSITÉ PARIS II  
PANTHÉON-ASSAS

## **BANQUE DES MEMOIRES**

**Master de Droit Européen des Affaires**  
**Dirigé par Madame le Professeur Emmanuelle Claudel**  
**2019**

***La répression pénale est-elle adaptée au  
droit de la concurrence ?***

**Thibault LECHEVALLIER-DELERIS**

**Sous la direction de Madame le Professeur Emmanuelle Claudel**

*« Démontez-moi cette vieille échelle boiteuse des crimes et des peines,  
et refaites-la. Refaites votre pénalité, refaites vos codes,  
refaites vos prisons, refaites vos juges.  
Remettez les lois au pas des mœurs. »*

Victor Hugo, *Claude Gueux*, 1834

*Les opinions exprimées dans ce mémoire sont propres à l'auteur et n'engagent pas l'université.*

## Résumé

Décrivant la dépénalisation du droit français de la concurrence, Jacques Azéma gageait que « *plus qu'une autre peut-être, cette branche de notre droit économique a largement subi l'empreinte du droit pénal* ». En effet, à compter du XVIII<sup>e</sup> siècle, des États-Unis à l'Australie, en passant par l'Allemagne, les violations aux règles de concurrence furent fréquemment pénalement répréhensibles. Mais aujourd'hui, dans pléthore de juridictions, le droit de la concurrence s'est administrativisé, au moyen de politiques répressives reposant sur l'infliction de sanctions pécuniaires élevées, le développement des procédures négociées et du contentieux indemnitaire privé. *A contrario* la répression pénale a elle été reléguée au second plan, en raison de son inadaptation à la vie économique, de ses dommages sociaux collatéraux et de ses lourdeurs procédurales. Pourtant, depuis quelques années, elle semble connaître un réel regain d'intérêt à l'échelle mondiale. Dans le caractère particulièrement dissuasif des sanctions pénales, et notamment des peines privatives de liberté, couplé à l'expérience fructueuse de certaines autorités en la matière, nombre d'États y voient un vecteur d'efficacité face à des sanctions pécuniaires de plus en plus controversées et de diversification de leurs moyens de lutte contre les violations les plus graves du droit de la concurrence. Au demeurant, l'écrasante majorité de la doctrine ne conteste pas la légitimité de leur existence. Reste que, si à la question de savoir si la répression pénale est adaptée au droit de la concurrence, il convient d'apporter une réponse positive, nombre de conditions impérieuses doivent être posées. Tout d'abord, puisque, comme l'écrivait le Marquis de Vauvenargues, « *ce qui n'offense pas la société n'est pas du ressort de la justice* », une campagne de sensibilisation de l'opinion publique à la nocivité de certaines pratiques anticoncurrentielles devra être vigoureusement et pédagogiquement menée par les pouvoirs publics. Ainsi, les juges, les jurés et les entreprises devront être convaincus de leur gravité et de la nécessité du recours à la sanction pénale pour une matière économique dont l'immoralité est pourtant discutable. Ensuite, un travail d'orfèvre attend le législateur, qui devra confectionner une infraction pénale irréprochablement claire, précise, circonscrite aux violations les plus flagrantes et respectueuse des droits fondamentaux de l'accusé. Enfin, la praxis de la répression devra être visible, agressive, mais opportune, requérant maints ajustements institutionnels et législatifs, quitte, potentiellement, à la conférer à une entité supranationale. À défaut, une infraction pénale bancale, inusitée ou malaisée à mettre en œuvre, s'avèrera inadaptée au droit de la concurrence. Dès lors, la pénalisation de ce dernier appelle à d'intenses réflexions juridiques, économiques et sociologiques, faisant d'elle un véritable exercice d'équilibriste où chaque erreur peut être dommageable à la crédibilité et à l'efficacité des règles de concurrence et peut meurtrir, par capillarité, la solennité du droit pénal.

## Sommaire

<b>Introduction</b> .....	1
<b>Première Partie — L’idée convaincante de la répression pénale du droit de la concurrence</b> ...	4
<b>Chapitre 1 — Le <i>rationale</i> théorique de la répression pénale du droit de la concurrence</b> .....	4
<u>Section 1</u> — Les mérites de la répression pénale du droit de la concurrence.....	4
<u>Section 2</u> — Les démérites de la répression pénale du droit de la concurrence.....	14
<b>Chapitre 2 — Le <i>rationale</i> juridique de la répression pénale du droit de la concurrence</b> .....	22
<u>Section 1</u> — L’assurance discutable d’une procédure plus équitable.....	23
<u>Section 2</u> — La répression pénale du droit de la concurrence à l’épreuve de la sécurité juridique.....	31
<b>Deuxième Partie — La pratique malaisée de la répression pénale du droit de la concurrence</b> ..	42
<b>Chapitre 1 — La mise en œuvre effective de la répression pénale du droit de la concurrence : une recherche permanente d’équilibres entre intérêts divergents</b> .....	42
<u>Section 1</u> — Les stratégies verticales de mise en œuvre d’une répression pénale adaptée au droit de la concurrence.....	43
<u>Section 2</u> — Les stratégies horizontales de mise en œuvre d’une répression pénale adaptée au droit de la concurrence.....	53
<b>Chapitre 2 — Vers une répression pénale européenne du droit de la concurrence ?</b> .....	61
<u>Section 1</u> — La tentation d’une répression pénale européenne du droit de la concurrence..	61
<u>Section 2</u> — L’infaisabilité de la répression pénale européenne du droit de la concurrence...	70

## Abréviations importantes

Aut. conc. (ou Autorité)	Autorité de la concurrence
C. com.	Code de commerce
CDF (ou Charte)	Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
CJUE (ou Cour de justice)	Cour de justice de l'Union européenne
CNUCED	Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement
Comm. UE (ou Commission)	Commission européenne
Convention E.D.H.	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Cour E.D.H. (ou Cour eur. D.H.)	Cour européenne des droits de l'homme
DGCCRF	Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes
<i>DOJ</i>	<i>Department of Justice</i>
<i>FBI</i>	<i>Federal Bureau of Investigation</i>
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
PACTE	Loi « Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises »
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
REC	Réseau européen de la concurrence
TFUE (ou Traité)	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne

## **Introduction**

Sur un marché concurrentiel, les entreprises doivent innover, optimiser la fabrication et la prestation de leurs biens et services, proposer une grande variété de produits de qualité et des prix toujours plus compétitifs, afin de s'ériger comme le meilleur concurrent par les mérites et, *in fine*, gagner de la clientèle. *A contrario*, dans des marchés peu concurrentiels, les concurrents ne sont pas encouragés à innover, car le risque de perdre des clients est moindre. Dès lors, la libre concurrence est perçue par les économistes comme une sorte d'environnement idéal dans lequel tout le monde souhaiterait évoluer, en ce qu'elle profite aux consommateurs, aux concurrents et à l'économie en général.

Mais cet équilibre est fragile. Jouissant des libertés d'entreprendre et de fixer les prix, les acteurs du marché peuvent chercher à le subvertir, en vue de se soustraire aux risques de la concurrence et d'accroître leurs profits, indifféremment des conséquences défavorables de leur décisions sur l'utilité collective. Ainsi Adam Smith avertissait-il, dans *La Richesse des Nations*, que « *les gens d'une même profession se rencontrent rarement pour s'amuser et se divertir, leur conversation (finissant) toujours sur une conspiration contre le public ou sur quelque stratagème pour augmenter les prix* ».

En réponse, au nom de la protection de l'ordre public économique et du bien-être du consommateur, seule la loi, et donc le droit, peut garantir la liberté du commerce, tout en combattant et en remédiant à ces illégalités. Ces facteurs, couplés au développement à bride abattue, ces trois dernières décennies, du commerce international, ont eu pour conséquence la prolifération de différents régimes de droit de la concurrence à travers le monde. Ainsi, à l'échelle et au sein de l'Union européenne, est privilégiée l'action publique, où la politique répressive repose, entre-autres, sur l'infliction d'amendes administratives élevées, censées être effectives, proportionnées, dissuasives et réparatrices du préjudice subi par la collectivité. *A contrario*, aux États-Unis, la mise en œuvre des règles repose principalement sur l'action civile en réparation du préjudice privé, d'une part, et sur la répression pénale des violations les plus flagrantes du droit de la concurrence, d'autre part.

À titre liminaire, il est utile préciser la notion de « répression pénale du droit de la concurrence ». D'une part, l'expression « répression pénale » vise essentiellement la poursuite et la sanction pénale de la personne physique ayant pris part à l'infraction. Particulièrement dissuasive, la répression pénale se matérialise par des mesures astreignantes imposées au contrevenant, la plus emblématique étant la peine privative de liberté. En sus d'emporter une forte condamnation morale,

elle poursuit une visée éminemment rétributive, n'indexant pas l'importance du préjudice à celle de la sanction, et pallierait certains problèmes intrinsèques des sanctions pécuniaires. D'autre part, cette répression pénale ne vise pas l'entier droit de la concurrence : il convient d'exclure certaines de ses ramifications, telles que le droit des aides d'État et la majorité du droit des concentrations, pour se focaliser sur les « pratiques anticoncurrentielles ». Celles-ci, classiquement, regroupent les abus de position dominante et les ententes illicites, principalement les « cartels », à propos desquels existe un consensus mondial sur leur gravité, leur nocivité pour l'économie nationale et pour lesquelles les auteurs ne peuvent nier en connaître le caractère anticoncurrentiel.

Ces termes ainsi définis, la répression pénale des pratiques anticoncurrentielles pourrait, de prime abord, paraître légitime et exempte de toute critique. Pourtant, l'intitulé du présent sujet reflète une sorte de malaise, de tension vis-à-vis du pairage du droit pénal et du droit de la concurrence. Le verbe « adapter » semble sous-entendre que, si ces deux domaines peuvent se rapprocher, s'allier ou se compléter, ils sont intrinsèquement antinomiques et doivent, si et seulement si il est question de former un ensemble cohérent, harmonieux et fonctionnel, être précautionneusement mis en accord.

Dès lors, en quoi ce tandem serait-il incongru, voire impraticable ? Longtemps perçue comme la chasse gardée des autorités étasuniennes, la répression pénale des pratiques anticoncurrentielles remonte pourtant à des temps immémoriaux. Certains auteurs ont tracé ses origines à la Grèce Antique, où, en 326 av. J.-C., les membres d'une entente visant à fixer les prix du grain avaient été condamnés à mort dans le contexte d'une famine meurtrière. Malgré tout, si près de 130 juridictions dans le monde disposent aujourd'hui de règles de concurrence, elles ne sont qu'une petite vingtaine à prévoir une infraction pénale spécifique, certains États ayant dépénalisé, pénalisé, voire re-pénalisé leur droit. Mais les controverses sont essentiellement d'origine doctrinale, les auteurs, dans un premier temps anglo-saxons puis européens, s'écharpant depuis des années sur divers aspects théoriques, juridiques et pratiques de la répression pénale du droit de la concurrence.

Inadaptée à la vie des affaires, stigmatisante, amoral, irréconciliable avec le principe de légalité des délits et des peines, préjudiciable à l'efficacité procédurale des enquêtes et des programmes de clémence : nombreux sont les auteurs qui, galvanisés par les bilans contrastés de certaines juridictions, abondent en défaveur de la répression pénale du droit de la concurrence.

Pourtant, face à des cartels qui s'internationalisent et se complexifient, les autorités de concurrence se démènent pour trouver des moyens de détection, de poursuite, de sanction et de dissuasion toujours plus efficaces. Dans ce contexte, et pour les avantages susvisés, la répression

pénale des pratiques anticoncurrentielles ferait aujourd'hui l'objet d'une tendance mondiale. En France, elle est incarnée par l'article L. 420-6 du code de commerce.

Il est fort probable que ce mouvement de pénalisation perdurera, avec pour éternel et indispensable référentiel, la pratique étasunienne. Dès lors, l'objet de cette étude est de s'interroger sur la pertinence de l'introduction, de la mise en œuvre et du maintien d'un régime de répression pénale adapté au droit de la concurrence. Quels sont, concrètement, les arguments théoriques, juridiques et pratiques en faveur et en défaveur de l'incrimination pénale du droit de la concurrence ? Quel est leur poids respectif ? Quels enseignements tirer de la pratique de la répression pénale du droit de la concurrence, afin que ces deux outils, forts de leurs singularités respectives et partageant, *a priori*, peu d'atomes crochus, puissent former un ensemble harmonieux au service d'une application effective des règles de concurrence ? La répression pénale serait-elle aussi un « mal nécessaire », à défaut de mesures plus efficaces ? Au surplus, quel avenir doctrinal et institutionnel se dessine pour leur duo ?

Thème riche au confluent du droit, de la criminologie, de l'histoire et de la sociologie, l'adaptabilité de la répression pénale au droit de la concurrence demeure relativement inexplorée en Europe, végétant au stade de réflexions doctrinales et d'expériences pratiques peu concluantes. Partant, il sera intéressant d'en synthétiser et d'en systématiser les débats, les questions en suspens mais aussi les solutions, les enjeux et les perspectives, en se reposant, entre-autres, sur les expériences des régulateurs anglo-saxons, français et européens. Cette étude peut être structurée autour de deux parties, qui inévitablement se recouperont, mais seront un fil conducteur : sera opposée, d'une part, la théorie de la répression pénale du droit de la concurrence, en ce qu'elle représente une idée globalement convaincante et attirante ( Première Partie ), à sa pratique, d'un abord difficile, mais qui peut être optimisée ( Deuxième Partie ).



## **Première Partie — L'idée convaincante de la répression pénale du droit de la concurrence**

Au milieu du débat sur la place des géants du numérique dans nos démocraties occidentales, Peter J. Henning du *New York Times* proposait une solution radicale pour juguler la puissance des *Big Tech* : réprimer pénalement leurs abus de position dominante. Il s'agirait d'accroître la pression sur les hauts cadres de la *Silicon Valley* pour les forcer à se conformer au droit en vigueur et pallier l'inefficacité des sanctions pécuniaires qui leur sont régulièrement infligées par les autorités à travers le monde. Si la perspective de voir Jeff Bezos ou Mark Zuckerberg traduits en justice pour de tels faits relève aujourd'hui de la science-fiction, la suggestion de Henning n'en demeure pas moins intéressante. Elle reflète en effet les possibilités offertes par le droit positif d'un pays, les États-Unis, où il n'est pas incongru que d'éminents hommes d'affaires, quelle que soit leur nationalité et aussi lointain soit leur lieu de résidence, soient attraités devant les juridictions du pays, écopent d'une lourde amende et passent quelques mois, voire années, dans un pénitencier étasunien pour avoir participé à une entente secrète. Si un tel scénario est actuellement inenvisageable ailleurs dans le monde, l'idée d'une répression pénale des pratiques anticoncurrentielles fascine autant qu'elle inquiète la doctrine et les pouvoirs publics dans un nombre croissant de pays. Dès lors, il semble indispensable de comprendre les justifications avancées au soutien de l'adéquation de la répression pénale au droit de la concurrence ainsi que les défis qu'elle pose, tant d'un point de vue théorique ( Chapitre 1 ) que d'un point de vue juridique ( Chapitre 2 ).

### **Chapitre 1 — Le *rationale* théorique de la répression pénale du droit de la concurrence**

En théorie, la répression pénale se révèle adaptée au droit de la concurrence à bien des égards ( Section 1 ). Toutefois, ses démérites sont légion ( Section 2 ).

#### **Section 1 — Les mérites de la répression pénale du droit de la concurrence**

Les chantres de la répression pénale du droit de la concurrence font état d'un avantage double à nul autre pareil, à savoir son effet particulièrement dissuasif, d'une part ( A ), et sa visée rétributive, d'autre part ( B ).

## **A. La répression pénale comme instrument dissuasif**

Dissuader signifie, communément, « *faire renoncer quelqu'un à son intention de faire quelque chose, l'en détourner* », et, militairement, « *forcer la paix en rendant la guerre trop coûteuse* »<sup>1</sup>. Pédagogique<sup>2</sup>, la dissuasion procède de l'argument utilitariste selon lequel la punition est justifiable pour autant qu'elle mène à la prévention ou à la réduction d'un délit futur. Son importance se mesure à l'aune de l'affirmation de Raymond Paternoster que le risque d'une sanction inquiète plus que la sévérité de la punition elle-même<sup>3</sup>. Dans ce contexte, il est défendu que la répression pénale du droit de la concurrence permettrait de pallier les limites avérées de la sanction pécuniaire ( i ), tout en constituant un instrument d'une efficacité redoutable ( ii ).

### *i. Les limites avérées de la sanction pécuniaire optimale*

En droit de la concurrence moderne, la sanction repose sur un modèle de dissuasion optimale, théorisé par un nombre d'économistes étasuniens, dont Gary Becker<sup>4</sup> et William Landes<sup>5</sup>. Cette approche tend à la détection, à la punition et à la dissuasion effective des pratiques anticoncurrentielles et postule l'établissement, par une entreprise rationnelle, d'un rapport coûts-avantages avant l'adoption de tout comportement anticoncurrentiel. Les *coûts* découlent du montant de la sanction imposable en cas d'infraction, augmenté du risque de détection dudit comportement, tandis que les *avantages* sont égaux au dommage net subi par la victime du fait de la mise en œuvre de la pratique. Ainsi, sera seulement mise en œuvre l'entente économiquement rentable, dont les avantages excèdent le montant de la sanction imposable. Conséquemment, est optimale la sanction dont le montant est supérieur aux avantages tirés de la mise en œuvre de l'entente, et non celle qui annulerait simplement le bénéfice de la pratique.

Les travaux de Becker, qui préférerait la sanction pécuniaire à l'incarcération, jugée trop coûteuse<sup>6</sup>, ont influencé la pratique de nombreuses autorités de concurrence à travers le monde, qui infligent désormais des amendes quasi- ou entièrement administratives prenant la forme d'amendes.

---

<sup>1</sup> GIACOBBO-PEYRONNEL, V., SINGER, P., « Quelques réflexions et interrogations au sujet de l'effet dissuasif des amendes en droit communautaire de la concurrence », *Concurrences*, n°4, 2009 p. 77

<sup>2</sup> PARLÉANI, G., Colloque « Sanctions pénales des pratiques anticoncurrentielles : Essai d'une problématique », *Concurrences*, n°1, 2008, p. 4

<sup>3</sup> PATERNOSTER, R., « The deterrent effect of the perceived certainty and severity of punishment », *Justice Quarterly*, vol. 4, no. 2, 1987

<sup>4</sup> BECKER G., « Crime and Punishment: An Economic Approach », *The Journal of Political Economy*, vol. 76, no. 2, 1968

<sup>5</sup> LANDES, W., « Optimal Sanctions for Antitrust Violations », *University of Chicago Law Review*, vol. 52, no. 2, 1983

<sup>6</sup> *Op cit*, no. 4, p. 43

Ainsi, en Europe, depuis les années 1970 et 1980<sup>7</sup>, la Cour de justice n'a cessé d'affirmer le caractère répressif, préventif, et surtout dissuasif des amendes infligées par la Commission, afin de lutter contre des infractions toujours plus graves et répétées au droit de la concurrence<sup>8</sup>. En droit de l'Union, la dissuasion se traduit principalement par le montant des amendes, qui doit, immédiatement, « priver (...) les responsables de l'infraction du profit économique qu'ils en ont tiré »<sup>9</sup> et, prospectivement, « dissuader (chacun) d'entre (eux) de continuer à agir de la sorte ou de se comporter de façon anticoncurrentielle »<sup>10</sup>. Dès lors, si cela est nécessaire à la mise en œuvre effective de la politique de concurrence, le montant peut être particulièrement élevé, et la sévérité constatée ces dernières années en atteste : en 2016, la Commission infligeait ainsi une amende record d'un montant de 2,93 milliards d'euros à des constructeurs de camion pour des faits entente<sup>11</sup>, lorsque que Google écopait d'une amende de 4,34 milliards d'euros pour abus de position dominante deux ans plus tard<sup>12</sup>.

La pensée beckerienne et ces sanctions à dix chiffres posent inéluctablement la question du montant optimal des sanctions pécuniaires, et, plus généralement, de l'efficacité du régime administratif dont elles sont les fers de lance. Se reposant sur le dommage causé à l'économie, de la durée moyenne d'une entente secrète et de la probabilité de détection, Emmanuel Combe a calculé que la sanction optimale devrait atteindre 110% du chiffre d'affaires de l'entreprise sanctionnée<sup>13</sup>, quand Wouter Wils avançait 150%<sup>14</sup>. Or, en pratique ces pourcentages sont inatteignables.

Le premier obstacle est légal : la dissuasion optimale supposerait que les sanctions pécuniaires s'élèvent à des niveaux impossibles à atteindre. En effet, leur montant maximum légal est de 10% du chiffre d'affaires mondial hors taxes du groupe auquel appartient l'entreprise sanctionnée<sup>15</sup>, mais, en pratique, les amendes imposées ne l'atteignent que très rarement. Ainsi, en matière de cartels, seules 6% des amendes infligées par la Commission en vertu des lignes directrices de 2006 ont été calculées sur le fondement d'un pourcentage de 9 à 10% du chiffre d'affaires de l'entreprise sanctionnée<sup>16</sup>.

---

<sup>7</sup> CJCE, 15 juill. 1970, *ACF Chemiefarma c/ Commission*, aff. C-41/69, pt. 173 et CJCE, 7 juin 1983, *Musique Diffusion Française e.a. c/ Commission*, aff. C-100/80 à 103/80, pt. 1825

<sup>8</sup> *Op cit.*, no. 1, p. 75

<sup>9</sup> CJCE, 25 avr. 2002, *Commission c/ France*, aff. C-418/00 et 419/00, pt. 65

<sup>10</sup> Comm. UE, rapport sur la politique de concurrence 2008, 23 juill. 2009, COM(2009) 374 final, pt. 8

<sup>11</sup> Comm. UE, Pratiques anticoncurrentielles: la Commission inflige une amende de 2,93 milliard d'euros à des constructeurs de camions pour avoir participé à une entente, 19 juill. 2016, IP/16/2582

<sup>12</sup> Comm. UE, Pratiques anticoncurrentielles: la Commission inflige à Google une amende de 4.34 milliards d'euros pour pratiques illégales concernant les appareils mobiles Android en vue de renforcer la position dominante de son moteur de recherche, 18 juill. 2018, IP/18/4581

<sup>13</sup> COMBE, E., « A la recherche de la sanction optimale », *Concurrences*, vol. 4, 2006

<sup>14</sup> WILS, W., « Is Criminalisation The Answer? », *World Competition*, vol. 28, no. 2, 2005, p. 28

<sup>15</sup> Comm. UE, Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) no. 1/2003, OJ C 210, 2006, pt. 32

<sup>16</sup> Comm. UE, Cartel statistics, 2019, p. 6

Deuxièmement, sur le plan strictement financier, si étaient imposées des amendes calculées sur le fondement des pourcentages déterminés par Wils et Combe, de très nombreuses entreprises seraient contraintes à la faillite, entraînant une sortie possible du marché et une réduction de la concurrence<sup>17</sup>. Les conséquences sociales d'un tel dénouement seraient également désastreuses.

Troisièmement, le poids de telles amendes inciterait l'entreprise sanctionnée à les répercuter sur les prix payés par ses partenaires commerciaux, ses clients et ses actionnaires, et, *en fine*, les consommateurs<sup>18</sup>, ou bien à les déduire fiscalement, bien que la Cour de justice s'y soit opposée<sup>19</sup>. Dans cette hypothèse, la sanction pécuniaire reviendrait à sanctionner non pas la seule entreprise contrevenante, mais aussi d'autres parties prenantes innocentes.

Quatrièmement, les sanctions pécuniaires imposées aux entreprises ne responsabilisent aucunement les individus qui les composent et versent dans des comportements répréhensibles<sup>20</sup>. En effet, les conspirations illégales n'existent pas dans l'abstrait, car les entreprises, considérées comme des « robots »<sup>21</sup> « n'ayant ni cœur ni nerfs »<sup>22</sup>, sont dépourvues de volonté propre. À la place, leur mise en œuvre effective est conditionnée à la participation active de personnes physiques, dont le rôle stratégique et directeur implique l'exercice d'une grande influence sur l'attitude d'une entreprise vis-à-vis du droit de la concurrence. Partant, dans un souci d'efficacité de la sanction, l'OCDE recommande de sanctionner directement les individus en cause<sup>23</sup>. Ce postulat est crédibilisé par la « Théorie de l'agence » de Jensen et Meckling, qui démontre que les motivations des individus formant le personnel sont différentes de celles de l'entreprise, et que si les premiers peuvent faire montre d'apathie vis-à-vis du sort de la seconde et de ses actionnaires, ils seront bien plus inquiétés par le leur<sup>24</sup>. Par exemple, en temps de récession, les risques de collusion sont exacerbés par la course à la performance encouragée par les dirigeants, au détriment de l'élaboration de programmes de conformité, ce qui peut, *in fine*, exposer l'entière entreprise au risque de sanctions pécuniaires. Mais l'instigateur des pratiques, lui, restera toujours protégé. Du reste, lorsqu'est constatée la violation, l'individu responsable peut avoir déjà quitté l'entreprise, qui sera probablement incapable d'agir en justice contre lui, d'autant que la surveillance des faits et gestes des employés d'une entreprise ainsi

---

<sup>17</sup> CRAYCRAFT, J., GALLO, J., « Antitrust Sanctions and a Firm's Ability to Pay », *Review of Industrial Organization*, vol. 12, no. 171, 1997

<sup>18</sup> SPROUL, M., « Antitrust and Prices », *Journal of Political Economy*, vol. 101, no. 4, 1993

<sup>19</sup> CJCE, 11 juin 2009, *Inspecteur van de Belastingdienst c/ X BV*, aff. C-429/07, pt. 40

<sup>20</sup> *Op cit*, no. 14, p. 32

<sup>21</sup> RIPERT, G., *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 1e éd., LGDJ, 1946, p. 86

<sup>22</sup> CARBONNIER, J., *Sociologie juridique*, 2e éd., PUF, coll. Quadrige Manuels, 2004, p. 396

<sup>23</sup> OCDE, *Cartel Sanctions Against Individuals*, DAF/COMP(2004) 39, 2005, p. 16

<sup>24</sup> JENSEN, M., MECKLING, W., « Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure », *Journal of Financial Economics*, vol. 3, no. 4, 1976, p. 311

que la création d'une véritable culture du respect du droit de la concurrence en son sein sont souvent malaisées<sup>25</sup>.

ii. *L'efficacité redoutable de la répression pénale*

C'est ainsi que sous l'impulsion d'une poignée d'autorités nationales de concurrence et à l'échelle de l'OCDE<sup>26</sup>, s'est développée une réflexion quant à l'imposition de sanctions individuelles, et notamment de nature pénale. Pour Benjamin Cheynel, il s'agit d'un « *passage obligé* »<sup>27</sup>, tandis qu'Étienne Thomas et Ludovic Bernardeau affirment que « *les fins de dissuasion (...) justifieraient à elles seules (...) que la matière soit fortement pénalisée* »<sup>28</sup>. Une pluralité d'arguments viennent en soutien de ces affirmations.

D'une part, en tant que reflet d'une volonté de protéger certaines valeurs fondamentales d'une société en condamnant un comportement que celle-ci réprouve, l'infraction pénale est porteuse d'un « *message moral beaucoup plus fort qu'une sanction civile ou administrative* »<sup>29</sup>. Ainsi la peine, notoirement privative de liberté en matière pénale, est-elle vécue par le dirigeant d'une entreprise comme « *infamante* », étant synonyme d'irréversibles dommages réputationnels, de perte de revenus et d'emploi. Partant, de telles exigences normatives et le risque de sanction pénale se révèlent particulièrement dissuasif, invitant les parties prenantes à se plier rigoureusement aux règles du jeu<sup>30</sup>. Comme le résume Arthur Liman, « *pour l'homme d'affaires (...) la prison, c'est l'enfer, et l'analyse traditionnelle des coûts-avantages s'effondre lorsque pèse un risque d'incarcération. La perspective de l'emprisonnement demeure, dès lors, le moyen de dissuasion le plus efficace dans la lutte contre les violations du droit antitrust* »<sup>31</sup>. À cet égard, les condamnations, outre Atlantique, d'Alfred Taubmann, 78 ans et ancien dirigeant de Sotheby's, à dix mois de prison ferme et à 7,5 millions de dollars d'amende personnelle pour participation à une entente illicite, et de sa directrice générale, assignée à résidence pendant six mois avec port du bracelet électronique, ont marqué les esprits<sup>32</sup>.

---

<sup>25</sup> *Op cit*, no. 14, p. 32

<sup>26</sup> OCDE, Recommandation Concernant une Action Efficace contre les Ententes Injustifiables, 25 mar. 1998, C(98)35

<sup>27</sup> CHEYNEL, B., « Criminal enforcement du droit de la concurrence : un risque concurrentiel émergent », *Revue Lamy de la Concurrence*, 2010

<sup>28</sup> BERNARDEAU L., THOMAS, É., « Principes généraux du droit et contrôle juridictionnel en droit de la concurrence : M. JOURDAIN : juge pénal ? », *Cahiers de Droit Européen*, 2016/1, p. 383

<sup>29</sup> BERNARDEAU L., « Section 2. - La responsabilité pénale » in : *Les amendes en droit de la concurrence*, Bruxelles, éd. Larcier, 2013, p. 961

<sup>30</sup> V. par ex., TYLER, T., *Why People Obey to the Law*, Yale University Press, 1990

<sup>31</sup> LIMAN, A., « The Paper Label Sentences: Critiques (1976-1977) », *Yale Law Journal*, vol. 86, no. 619, 1977

<sup>32</sup> CRAMB, G., « Alfred Taubman, mall developer and auction house owner, 1924-2015 », *Financial Times*, 18 avr. 2015

D'autre part, la répression pénale du droit de la concurrence permettrait de pallier l'impossibilité d'imposer des amendes assumant pleinement leur rôle dissuasif, tout en les complétant et en diversifiant les moyens de punir les pratiques anticoncurrentielles<sup>33</sup>. Cheikh Galokho relève que la répercussion d'une peine de prison sur les prix est évidemment impossible, que la répression pénale, plus généralement, ne met pas en péril la survie financières des entreprises sanctionnée. Elle évite également la concentration du poids de la sanction sur la seule personne morale, au risque, comme vu précédemment, de punir, par capillarité, ses actionnaires, ses clients et ses salariés<sup>34</sup>. Dès lors, la répression pénale remédie au caractère inéquitable de la condamnation pécuniaire d'une entreprise pour les agissements illicites, potentiellement isolés et autonomes, d'un de ses employés<sup>35</sup>. Du reste, la répression pénale dissuaderait les comportements récidivistes<sup>36</sup>, particulièrement répandus en Europe<sup>37</sup>.

Enfin, il convient de faire état d'un constat, spécifiquement étasunien, qui vient en soutien de l'efficacité redoutable de la répression pénale. Ainsi le *Department of Justice* affirme-t-il que, depuis les années 1990, ont été découverts plusieurs cartels internationaux sévissant à travers le monde, mais qui minimisent ou évitent toute interaction avec le marché étasunien ou avec leurs employés qui y résident, par crainte que les dirigeants impliqués y soient appréhendés et incarcérés<sup>38</sup>. Leurs peurs sont fondées : le pourcentage de personnes physiques condamnées à une peine d'emprisonnement est ainsi passé de 37, en 1990, à 80, en 2009<sup>39</sup>. Au demeurant, Margaret Bloom constate que, dans le cadre de cartels internationaux, les dirigeants des entreprises participantes s'empressent, face à la menace tangible de poursuites pénales, de déposer leur demande de clémence auprès des autorités étasuniennes, et non auprès de la Commission européenne ou des autorités nationales de concurrence des vingt-huit États membres de l'Union, qui appliquent un droit de la concurrence essentiellement administratif<sup>40</sup>.

---

<sup>33</sup> *Op cit*, no. 14, p. 36

<sup>34</sup> GALOKHO C., « De la nécessité d'une politique de clémence en faveur des personnes physiques » in : *Pour une réforme du droit de la concurrence - Groupe de travail sous la présidence de Guy Canivet et Frédéric Jenny*, 2018, p. 186

<sup>35</sup> SCHAUB, A., e.a., « Rapport sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles », 2010, p. 36

<sup>36</sup> GINSBURG, D. H., WRIGHT, J., « Antitrust Sanctions », *Competition Policy International*, vol. 6, no. 2, 2010

<sup>37</sup> CONNOR, J., « Recidivism Revealed: Private International Cartels 1990-2009 », *Competition Policy International*, vol. 6, no. 2, 2010, p. 101

<sup>38</sup> HAMMOND, S.D., « Cornerstones of an Effective Leniency Program », discours devant le Réseau International de la Concurrence à Sydney, les 22-23 nov. 2004

<sup>39</sup> HAMMOND, S. D., « The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades », discours devant le *ABA Criminal Justice Section* et le *ABA Center for Continuing Legal Education*, 25 fév. 2010, p. 8

<sup>40</sup> BLOOM, M., « The Great Reformer: Mario Monti's Legacy in Article 81 and Cartel Policy », *Competition Policy International*, vol. 1, n. 1, 2005

À ce degré particulièrement élevé de dissuasion s'ajoute la visée éminemment rétributive de la répression pénale, qui serait adaptée, selon certains auteurs, au caractère délinquant de certaines pratiques anticoncurrentielles et à leur gravité ( B ).

## **B. La répression pénale comme instrument rétributif**

La théorie rétributive postule la responsabilité morale des individus par rapport à leurs propres actes. La commission, par un individu, d'un acte grave et moralement inexcusable requiert donc punition, indépendamment de toute considération pédagogique ou préventive. Cette incursion de la moralité dans le débat de la répression pénale est inévitablement controversée en ce qu'elle n'est pas strictement juridique et varie selon les cultures. Pourtant, certains auteurs y recourent afin de justifier la répression pénale des cartels, ou « ententes injustifiables », arguant de la nocivité reconnue de ces pratiques ( i ), et en les assimilant à du vol, de la tromperie voire de la tricherie ( ii ).

### *i. Les ententes injustifiables comme « cancer de l'économie »*

À l'origine de l'emploi de cette théorie se trouve l'existence d'un consensus transnational autour de la nocivité des cartels. Ces pratiques se matérialisent par la conclusion d'accords occultes, généralement internationaux, de fixation des prix, de soumissions concertées à des marchés publics, de restrictions ou des quotas à la production, de partage ou de division de marchés par répartition de la clientèle, de fournisseurs, de territoires ou de lignes d'activité<sup>41</sup>. Elles protègent leurs participants contre les forces du marché, les soustraient aux risques de la concurrence par les mérites et les dissuadent donc d'innover, altérant, *in fine*, l'efficacité de l'économie de marché<sup>42</sup>.

Leurs conséquences économiques sont désastreuses : augmentation des prix, réduction des choix offerts au consommateur; renchérissement du coût des services, des marchandises et des matières premières pour les acteurs du marché commerçant avec les participants à l'entente. Le dommage causé à l'économie mondiale s'élèverait à des dizaines de milliards de dollars US, et se traduirait par une augmentation, en moyenne, de 16 à 20% des prix, voire de 60% pour les cartels internationaux<sup>43</sup>. De surcroît, les cartels se formant fréquemment autour de biens essentiels et difficilement substituables, ces pratiques peuvent affecter le niveau de vie des consommateurs, et

---

<sup>41</sup> *Op cit.*, no. 26, p. 3

<sup>42</sup> OCDE, Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions Against Cartels Under National Competition Laws, 9 avr. 2002, DAFFE/COMP, p. 2.

<sup>43</sup> STEPHAN, A., « An empirical evaluation of the normative justifications for cartel criminalisation », *Legal Studies*, vol. 37, n. 4, 2017

surtout celui des plus modestes<sup>44</sup>. Dans ce contexte, la Banque Mondiale estime que si le prix des denrées de base diminuait de 10% du fait d'une répression adéquate des cartels, 500 000 ressortissants de pays d'Afrique méridionale pourraient être sortis de la pauvreté, et quelques 700 millions de dollars US seraient épargnés aux consommateurs de ces pays<sup>45</sup>. Ces constats ont ainsi conduit l'OCDE à préconiser l'introduction de « *sanctions efficaces, d'une nature et d'un niveau propre à dissuader les personnes physiques et morales de participer aux ententes injustifiables* ».

Ces données en main, les tenants de la répression pénale ont également usé d'une rhétorique hautement hostile aux cartels, afin d'en exacerber la nocivité et de persuader l'opinion publique de se rallier à leur cause. Un juge de la Cour suprême étasunienne les a ainsi qualifiés de « *mal suprême de l'antitrust* »<sup>46</sup>, tandis qu'un officiel du *Department of Justice* parlait de « *vol commis par des voleurs bien habillés* »<sup>47</sup>. L'OCDE fustige « *la violation la plus flagrante du droit de la concurrence* » lorsque Mario Monti, ancien Commissaire européen à la concurrence, y voit le « *cancer de l'économie* »<sup>48</sup>. Aussi saugrenue puisse-t-elle parfois paraître, cette attitude semble avoir influencé l'attitude de nombreuses autorités à travers le monde. Si la doctrine française s'est bien gardée de tout lyrisme, le Rapport Coulon sur la dépénalisation de la vie des affaires conclut néanmoins que « *la sanction pénale à l'encontre des personnes physiques mérite [...] d'être conservée [...] certaines pratiques anticoncurrentielles sont si néfastes pour l'économie qu'il faut, outre les sanctions administratives et/ou civiles, continuer à [la] prévoir* »<sup>49</sup>. En Australie, la rhétorique étasunienne et britannique aurait aidé à légitimer la pénalisation des cartels, afin, surtout, que l'île s'aligne sur le droit positif de ses grands partenaires économiques<sup>50</sup>.

ii. *Les ententes injustifiables comme « vol, tromperie et tricherie »*

Pour légitimer la pénalisation des pratiques anticoncurrentielles aux yeux de l'opinion publique et du législateur, certains auteurs et régulateurs, essentiellement anglo-saxons, ont excipé du caractère délinquant et immoral des ententes injustifiables, et notamment des accords de fixation des prix, en les comparant à d'autres délits et à l'aune de standards moraux basiques.

---

<sup>44</sup> CNUCED, *The impact of cartels on the poor*, 24 juill. 2013

<sup>45</sup> Banque mond., *Breaking Down Barriers: Unlocking Africa's Potential Through Vigorous Competition Policy*, 2016

<sup>46</sup> Juge Scalia, Cour suprême des États-Unis, 13 janv. 2004, *Verizon v. Trinko*, 540 U.S. 398

<sup>47</sup> HAMMOND, S. D., « *The Fly On The Wall Has Been Bugged – Catching An International Cartel In The Act* », *International Law Congress*, 15 mai 2001

<sup>48</sup> MONTI, M., « *Fighting Cartels: Why and How?* », discours au Third Nordic Competition Policy Conference, Stockholm, 11-12 sept. 2000

<sup>49</sup> Rapport Coulon, « *La dépénalisation de la vie des affaires* », *La Documentation française*, 2008, p. 64

<sup>50</sup> BEATON-WELLS, C., « *Making Cartel Conduct Criminal: A Case-Study of Ambiguity in Controlling Business Behaviour* », *Australian and New Zealand Journal of Criminology*, vol. 42, no. 2, 2009



Mais il s'agit d'un terrain glissant, imprégné de subjectivité et de relativisme culturel, sur lequel s'est principalement engagée la doctrine étasunienne. L'ancien procureur fédéral adjoint du *Department of Justice* a résumé l'approche étasunienne comme suit : « *les ententes secrètes ne poursuivent aucun but légitime et entendent seulement priver les consommateurs des bienfaits tangibles de la concurrence... Aux États-Unis, la participation à de telles ententes sont perçues comme un crime contre les biens, semblable au cambriolage ou au vol, et sont traitées comme tel* »<sup>51</sup>. Toutefois, cette supposée immoralité des pratiques anticoncurrentielle n'est pas étrangère au Vieux Continent : le préambule du décret-loi royal de Prusse de 1797 assimilait ainsi l'infraction de soumission concertée à des appels d'offres à une forme d'égoïsme<sup>52</sup>. Plus récemment, au Royaume-Uni, l'éphémère *cartel offence* visait les comportements « malhonnêtes »<sup>53</sup>.

En substance, l'odiosité des ententes injustifiables, comparable à l'évasion fiscale, au délit d'initié et aux atteintes aux droits de propriété intellectuelle, découlerait principalement du contexte dans lequel elles s'inscrivent<sup>54</sup>. En effet, les agissements illégaux de leurs membres sont secrets et dissimulés aux yeux des consommateurs, des concurrents et du régulateur, que ce soit par la tenue de conventicules, du recours à des noms de code, à des téléphones de couverture ou à des adresses électroniques occultes. Les individus qui y prennent part seraient, selon Donald Baker, des personnes avides, carriéristes, motivées par l'appât du gain, leur propre réputation et soucieuses de paraître plus accomplies qu'elles ne le sont vraiment<sup>55</sup>.

Ainsi la doctrine a-t-elle assimilé les cartels au vol, soustraction frauduleuse de la chose d'autrui, pour dénoncer leur immoralité intrinsèque et justifier le recours à leur pénalisation. En effet, il est vrai qu'un accord de fixation des prix opère intentionnellement un transfert de valeur du consommateur à l'auteur de la pratique, puisqu'il se traduit par des prix plus élevés sans générer la moindre contrepartie pour ledit consommateur. Toutefois, la condamnation morale du vol est usuellement bien plus vive que celles réservées aux cartels. À cet égard, Christoph Harding note que si les membres du cartel s'enrichissent illégalement au détriment de leur victime, le dommage découlant de fixation des prix, aussi important soit-il, ne se matérialise pas par des blessures ou des

---

<sup>51</sup> HAMMOND, S. D., « Deterrence and Detection of Cartels: Using All the Tools and Sanctions », 26th Annual National Institute on White Collar Crime, Miami Florida, 1 mar. 2012

<sup>52</sup> WAGNER-VON PAPP, F., « Individual sanctions for competition law infringements : Pros, cons and challenges », *Concurrences*, vol. 4, 2016, p. 22

<sup>53</sup> Ancienne Section 188, « *Cartel Offence* », de l'*Enterprise Act 2002*

<sup>54</sup> HARDING, C., JOSHUA, J., *Regulating Cartels in Europe*, 2e éd., Oxford University Press, 2010, p. 51

<sup>55</sup> BAKER, D., « Punishment for Cartel Participants in the US: A Special Model? » in : BEATON-WELLS, C., EZARCHI, *Criminalising Cartels: Critical Studies of an International Regulatory Movement*, Hart Publishing, 2011, ch. 2

décès, rendant l'identification du dommage complexe et souvent imperceptible, en ce que l'augmentation des prix n'est pas forcément brutale et élevée<sup>56</sup>.

Certains auteurs ont également comparé les ententes secrètes à de la tromperie, en ce qu'elles viseraient à donner l'apparence de prix fixés indépendamment par les opérateurs du marché, ou, plus généralement, d'une concurrence par les mérites entre ces derniers, alors qu'il y a eu, en pratique, concertation secrète entre leurs auteurs<sup>57</sup>. Particulièrement pertinente en matière de soumissions concertées à un appel d'offres, cette comparaison a été récemment adoubée par la Cour de cassation, qui a défini le terme « *frauduleusement* » de l'article L. 420-6 c. com. comme « *tout acte intentionnel de mauvaise foi ou de tromperie* »<sup>58</sup>. Toutefois, Andreas Stephan note qu'une telle comparaison présuppose des consommateurs qu'ils attendent du marché qu'il soit véritablement concurrentiel et des prix qu'ils soient indépendamment fixés<sup>59</sup>, alors qu'aucune étude empirique n'est venue le prouver avec certitude.

Enfin, les ententes injustifiables traduiraient une forme de tricherie, en ce que leurs membres tenteraient d'obtenir un avantage économique, tel qu'une clientèle ou un marché, au mépris de la loi et de la concurrence par les mérites, et que leur mise en œuvre dénierait l'attente légitime d'une concurrence saine aux autres opérateurs<sup>60</sup>. Pour Bruce Wardaugh, cette forme de tricherie représente une attaque frontale au modèle même d'économie de marché et au bien-être des consommateurs, en ce qu'en réduisant le choix et en augmentant les prix, les acheteurs les plus humbles s'en trouvent évincés. Leur répression pénale s'imposerait donc avec évidence<sup>61</sup>.

Mais aussi divers et intéressants ces arguments soient-ils, la répression pénale du droit de la concurrence inspire la méfiance, et ce, pour plusieurs raisons ( Section 2 ).

---

<sup>56</sup> HARDING C., « A pathology of business cartels: Original sin or the child of regulation? », *New J of European Criminal Law*, vol. 1, 2010, p. 51-52

<sup>57</sup> GÜNSBERG, P., *Criminalizing Business Cartels in Europe - A Comparative Perspective*, thèse, Université d'Helsinki, 2016, pp. 41-42

<sup>58</sup> Cass. crim., 19 déc. 2018, *M. X e.a.*, n°18-82.746

<sup>59</sup> STEPHAN, A., « Individual sanctions for competition law infringements : Pros, cons and challenges », *Concurrences*, vol. 4, 2016, p. 42

<sup>60</sup> McCULLOCH, A., « The cartel offence: defining an appropriate "moral space" », *Eur. Competition J.*, vol. 8, no. 1, 2012, p. 85

<sup>61</sup> WARDHAUGH, B., *Cartels, Markets and Crime: A Normative Justification for the Criminalisation of Economic Collusion*, Cambridge, OUP, 2014

## **Section 2 — Les démerites de la répression pénale du droit de la concurrence**

Pour balayer la pénalisation du droit de la concurrence, certains auteurs arguent de l'amoralité du droit de la concurrence, d'une part ( A ), et d'un antagonisme intrinsèque entre droit pénal et droit de la concurrence, d'autre part ( B ).

### **A. Le véritable problème de l'amoralité du droit de la concurrence**

Contrairement à d'autres crimes et délits, la criminalité économique, et particulièrement le droit de la concurrence, peut être considérée comme moralement neutre. En conséquence, sa répression pénale serait de nature à désacraliser le droit pénal en général ( i ), en ce qu'il existerait une forme d'apathie de l'opinion publique vis-à-vis des pratiques anticoncurrentielles, aussi néfastes soient-elles ( ii ).

#### *i. La risque de désacralisation du droit pénal dans son application au droit de la concurrence*

Si la nécessité de poursuivre et de sanctionner les cartels est indiscutée, la pénalisation de leur répression fait l'objet de vifs débats doctrinaux. Le droit pénal, en tant que forme extrême de réglementation des conduites personnelles, constitue la forme la plus aboutie de censure et de réprobation dont dispose une société donnée pour exprimer son hostilité vis-à-vis de tel ou tel comportement. En effet, il protège des valeurs communes jugées fondamentales et dont la violation heurte le sentiment collectif, car elle serait « contraire à la morale ». Partant, ce droit repose traditionnellement sur un critère de préjudice, et celui, particulièrement subjectif, d'immoralité<sup>62</sup>, de sorte que le lien unissant la conception du public d'un crime donné et de sa conception par le législateur serait « symbiotique »<sup>63</sup>.

Or, il existe une certaine gêne à faire application du droit pénal à des pratiques économiques, par opposition aux crimes contre les personnes, tels que le viol ou le meurtre, qui répugnent véritablement et unanimement l'opinion publique. Ainsi le rapport Coulon affirmait-il que le droit pénal n'avait pas « vocation à assurer le respect de contraintes administratives »<sup>64</sup>, alors que le droit de la concurrence, tant en France qu'en Europe, s'est fortement administrativisé. Dès lors, le caractère commercial des pratiques anticoncurrentielles rendrait malaisée l'élaboration d'un jugement moral à

---

<sup>62</sup> MILL, J.S., « On Liberty » in Gray, *On Liberty and Other Essays*, Oxford, OUP, 1991

<sup>63</sup> LAMOND, G., « What is a Crime? », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 27, no. 609, 2007, p. 612

<sup>64</sup> *Op cit.* no. 49, p. 3

leur rencontre, lequel est pourtant inhérent à la bonne utilisation du droit pénal. Elles ne seraient donc pas, *par nature*, criminelles.

Dans ce contexte, la doctrine s'est demandée si la répression pénale des cartels, mue par des impératifs prépondérants de dissuasion, ne risquerait-elle pas de « dépenaliser le droit pénal » en l'appliquant à des comportements dont l'immoralité serait ambiguë, et le transformerait en moyen « banal » de réglementation des conduites. En substance, les autorités instrumentaliserait le droit pénal pour prouver qu'elles prennent la politique de concurrence et les enjeux économiques modernes au sérieux et suivent diligemment une tendance mondiale, sans signifier adéquatement à l'opinion publique, au juge et aux entreprises en quoi les pratiques litigieuses seraient moralement inacceptables<sup>65</sup>. Or, le fait que le droit pénal informe le public de ce qui constitue un crime, et non le contraire, est problématique<sup>66</sup>, car la loi pénale ne peut se faire toute seule, et doit tenir compte du contexte social et normatif préexistant dans lequel s'inscrit la pratique litigieuse.

Ainsi, au Royaume-Uni, Alison Jones relève que la pénalisation des cartels ne s'est pas faite en réponse à un outrage populaire quant à la nocivité de leurs effets anticoncurrentiels, mais au seul nom de la dissuasion. Graver, écrit-elle, un comportement économique, complexe et plutôt amoral dans le marbre pénal d'une société, est susceptible de créer une « *infraction pénale moralement neutre* »<sup>67</sup>. Plus grave encore, Rebecca Williams y voit « *une sorte d'alchimie juridique vouée à l'échec, mais qui est plus généralement préjudiciable à la crédibilité du droit pénal et au respect des règles de concurrence* »<sup>68</sup>. L'on comprend dès lors que la répression pénale d'un comportement qui n'offense pas la société est lourde de conséquences, en ce qu'elle souffrirait d'un déficit de légitimité démocratique, éroderait la frontière séparant le droit pénal du droit civil, et attenterait à la solennité et au respect que doit inspirer la norme pénale.

ii. *L'apathie publique vis-à-vis du droit de la concurrence*

Il convient, dès lors, de vérifier si la pénalisation d'un droit de marché ne suscite effectivement rien d'autre que l'indifférence de l'opinion publique.

---

<sup>65</sup> *Op cit*, no. 43, pp. 631-632

<sup>66</sup> COFFEE, J., « Paradigms Lost: The Blurring of the Criminal and Civil Law Models – And What Can Be Done About it », *The Yale Law Journal*, vol. 101, no. 1875, 1992, p. 1889

<sup>67</sup> JONES, A., WILLIAMS, R., « The UK response to the global effort against cartels: is criminalization really the solution? », *J. Antitrust Enforcement*, vol. 2, no. 1, 2014, p. 102

<sup>68</sup> WILLIAMS, R., « Cartels in the Criminal Law Landscape », in BEATON-WELLS, C., EZRACHI, A., *Criminalising Cartels: Critical Studies of an International Regulatory Movement*, Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 312

D'emblée, il convient d'écarter, à travers l'exemple étasunien, l'hypothèse d'une apathie *innée* du public vis-à-vis du droit de la concurrence, qui délégitimerait *de facto* sa répression pénale. Ainsi, outre Atlantique, le *Sherman Act* et le *Clayton Act* sont nés de l'outrage populaire vis-à-vis des pratiques anticoncurrentielles de *Standard Oil*, géant étasunien déchu de raffinage et de distribution du pétrole, et ce, sans que le régulateur n'ait tenté de convaincre qui que ce soit de la nocivité de telles pratiques et de la nécessité de les réprimer pénalement<sup>69</sup>. S'ajoutent également quelques idiosyncrasies étasuniennes, telles que l'impitoyabilité des autorités vis-à-vis de l'évasion fiscale, mais aussi l'empreinte du puritanisme dans la conduite des affaires, dans le rapport du public à l'argent et à l'usage des deniers publics<sup>70</sup>.

Mais cet exemple s'avère particulièrement isolé. Force est de constater que, dans un grand nombre de pays, les pratiques anticoncurrentielles n'ont jamais l'objet d'une condamnation morale forte. En Europe, Donald Baker estime que le public et le législateur perçoivent les violations du droit de la concurrence comme un problème « réglementaire » sujet à des remèdes administratifs, balayant ainsi toute possibilité de former un consensus sur la nécessité de le réprimer pénalement<sup>71</sup>. Historiquement, au nom du protectionnisme, de la protection d'emplois et de la satisfaction de l'intérêt général, les ententes ont même joui d'un traitement favorable par les pouvoirs publics européens, à l'instar de l'Entente internationale de l'Acier dans les années 1920<sup>72</sup>. Aussi au Royaume-Uni, le juge et le législateur se sont-ils très tôt opposés à la répression pénale des ententes<sup>73</sup>, estimant encore aujourd'hui que l'hostilité du public britannique à leur égard n'était pas établie<sup>74</sup>. En France, Gilbert Parléani constatait que « *la nécessité d'une sanction pénale en matière de concurrence ne va pas de soi* »<sup>75</sup>, quand Emmanuel Combe affirmait que la répression pénale était purement et simplement étrangère à notre « *culture* »<sup>76</sup>. Le point d'orgue de cette apathie envers les pratiques anticoncurrentielles reste l'acquiescement, par un jury, de prévenus poursuivis pour des faits d'entente dans le cadre du premier procès pénal antitrust au Royaume-Uni, faute d'avoir établi leur « *malhonnêteté* », ainsi que le requérait alors le droit britannique<sup>77</sup>. Du reste, en Asie, l'autorité

---

<sup>69</sup> *Op cit*, no. 55, ch. 2

<sup>70</sup> CHUN, R., « Why Americans Don't Cheat on Their Taxes », *The Atlantic*, avr. 2019

<sup>71</sup> BAKER, D., « Detering Cartels – the Criminalization Dimension », Competition Law Enforcement Seminar, Dublin, 23 mar. 2012, p. 11

<sup>72</sup> BERGER, F., « la France, l'Allemagne et l'acier (1932-1952). De la stratégie des cartels à l'élaboration de la CECA », Thèse, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2000

<sup>73</sup> V. Par ex., Privy Council, 25 juill. 1913, *Attorney General of the Commonwealth of Australia c/ Adelaide Steamship Co. Ltd*, AC 781 et JONES K., HARRISON, F., « Criminal Sanctions : An overview of EU and national case law », *Concurrences*, 2014

<sup>74</sup> Chambre des Lords, 12 mar. 2008, *Norris v U.S.*, UKHL 16, pt. 57

<sup>75</sup> *Op cit*, no. 2, p. 5

<sup>76</sup> COMBE, E., « Sanctions des pratiques anticoncurrentielles: pour quoi faire ? », *Concurrences*, 2015

<sup>77</sup> *Op cit*, no. 43

singapourienne de la concurrence a admis que la répression pénale demeurera inenvisageable aussi longtemps que l'opinion publique n'aura pas changé pas d'avis sur les pratiques anticoncurrentielles, qu'elle juge pour le moment « amORALES »<sup>78</sup>.

Dès lors, certains auteurs ont préféré déplacer les conséquences de l'inefficacité de l'action pénale sur les pouvoirs publics, qui ne seraient pas parvenus, dans nombre de pays, à développer la culture nécessaire à la légitimation de la répression pénale du droit de la concurrence<sup>79</sup>. Ainsi, auraient-ils échoué à convaincre l'opinion publique que les pratiques litigieuses sont si immORALES et si graves qu'elles requièrent le prononcé de sanctions pénales, et notamment de peines privatives de liberté. Par exemple, il est évident que la répression pénale de la seule conclusion d'accords anticoncurrentiels par objet, indépendamment de leurs effets négatifs concrets, complexifie l'identification et la description du préjudice par le public et ne peut susciter chez lui que de l'indifférence.

Pour clore cet interminable débat, Andreas Stephan a mené, en 2014, une étude sur la perception des publics britannique, étasunien, allemand et italien de la nocivité des ententes injustifiables et de la nécessité de les réprimer pénalement<sup>80</sup>. Tout d'abord, ce sondage a conclu à l'attente, pour deux tiers des répondants britanniques, allemands et italiens, de prix fixés indépendamment, en tant que conséquence d'une économie de marché libre d'interventionnisme étatique, tandis qu'une large majorité d'entre eux ont considéré comme anormaux les échanges entre concurrents sur les prix. Ensuite, seule la moitié des répondants italiens et britanniques s'est dite être au courant de l'illégalité de la fixation des prix, contre 75% en Allemagne, du fait de moult efforts de médiatisation et de sensibilisation entrepris par le *Bundeskartellamt*. Enfin, la plupart des répondants ont jugé la fixation des prix comme, dans l'ordre suivant, dommageable à l'économie ; contraire à la conduite loyale des affaires ; immORALE et malhonnête. Ainsi, de nombreux répondants ont considéré qu'une telle pratique était constitutive d'un « crime » devant être sanctionné, par exemple, par du *name and shame*, des sanctions imposées aux entreprises, ou des amendes personnelles. De manière frappante, en moyenne, seuls trois répondants sur dix ont jugé l'incarcération appropriée (ci-dessous). Le sondage montre également que l'évasion fiscale, le délit d'initié, le vol, la conduite en état d'ébriété sont considérés comme des infractions plus graves que la fixation des prix.

---

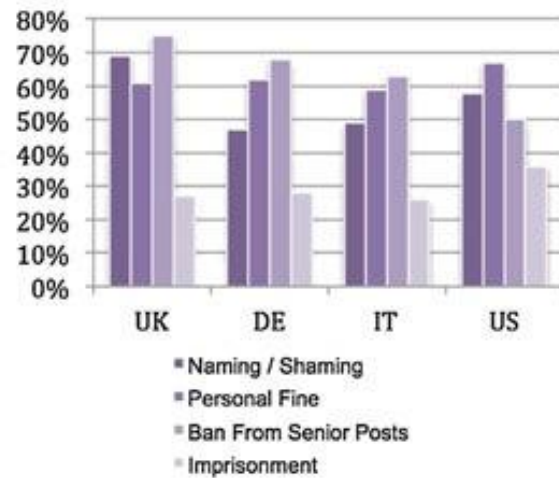
<sup>78</sup> CHAN, C., PATEL, F., « Hong Kong keeps open mind on criminal sanctions for cartel conduct », PaRR, 9 nov. 2017

<sup>79</sup> BEATON-WELLS, C., « Criminalising Cartels: Australia's Slow Conversion », *World Competition*, vol. 21, no. 205, 2008, p. 206

<sup>80</sup> *Op cit*, no. 43

The decision to fix prices is usually made by a number of individuals within a business. Which if any forms of punishment do you think each of these individuals should face? Please tick (✓) as many that you feel should apply.

	GB	DE	IT	US
Public Naming and Shaming	69%	47%	49%	58%
A personal fine	61%	62%	59%	67%
A ban from holding senior managerial positions in businesses	75%	68%	63%	50%
Imprisonment	27%	28%	26%	36%
None of the above / DK	6%	3%	4%	-



Partant, ce sondage constitue la première vérification empirique des justifications normatives de la répression pénale du droit de la concurrence. Pour ses défenseurs, le faible soutien populaire en faveur des peines privatives de liberté qui en ressort est extrêmement problématique. Mais ses conclusions doivent être analysées avec précaution : étrangement, les résultats des répondants étasuniens ont révélé une certaine apathie et ignorance vis-à-vis de la nocivité des cartels et de la nécessité de les réprimer pénalement, alors que le régime mis en place par le *Department of Justice* est fructueux et que le recours au droit pénal en la matière n'est pas décrié aux États-Unis. Face à ces résultats quelque peu décevants, Stephan plaide pour l'exclusion des considérations morales du débat de la pénalisation du droit de la concurrence, les jugeant inutiles, ambiguës et préjudiciables à l'exigence impérieuse d'efficacité de la politique de concurrence dans son ensemble<sup>81</sup>. Dès lors, la répression pénale serait-elle inadaptée *per se* au droit de la concurrence ? ( B )

## B. Une inadéquation intrinsèque entre la répression pénale et le droit de la concurrence ?

Certains auteurs s'interrogent, plus généralement, sur une éventuelle irréconciliabilité du droit pénal, qui régit les comportements antisociaux, avec le droit de la concurrence, garant de la liberté du commerce et de l'industrie. Toutefois, s'ils mettent en garde contre le risque réel, presque inéluctable, de « sur-pénalisation » du droit de la concurrence qu'emporte le recours à la répression pénale ( ii ), certains y voient un mal nécessaire, faute d'alternatives plus dissuasives ( ii ).

<sup>81</sup> STEPHAN, A., « Why Morality Should Be Excluded from the Cartel Criminalisation Debate », *New Journal of European Criminal Law*, vol. 3, no. 2, 2012, p. 127

i. Le risque réel de « sur-pénalisation » du droit de la concurrence

Existerait-il un hiatus entre la répression pénale et le droit de la concurrence qui serait intrinsèque et immuable ? Cet argument procède de l'affirmation selon laquelle le droit pénal, au sens large, serait inadapté à la vie des affaires et aux matières économiques, dont le droit de la concurrence est une ramification. Ainsi le rapport Coulon souligne-t-il les « *effets pervers* » d'une « *pénalisation excessive de la vie économique* », du fait de la longueur et de la complexité des procédures, de leur retentissement médiatique, de leur dévoiement par certains plaignants et de leur atteinte à « *l'attractivité économique de la France* »<sup>82</sup>. Concrètement, appliquer un droit éminemment répressif à un droit de marché aurait pour effet de brider la prise de risques des dirigeants, l'innovation dans leurs stratégies commerciales et la réalisation d'investissements, pourtant consubstantiels à la conduite des affaires. Ainsi la Cour suprême des États-Unis a-t-elle rappelé, dans son arrêt *Verizon c/ Trinko*, que la détention d'une position dominante et la pratique de prix monopolistiques n'est non seulement pas *forcément* illégale, mais qu'il s'agit d'un élément important de l'économie de libre marché. La possibilité de pratiquer des prix monopolistiques, du moins pour une courte période, est précisément ce qui attire l'homme d'affaires et engendre une certaine prise de risque, elle-même vectrice de croissance économique et d'innovation<sup>83</sup>.

Est ici à craindre une forme de « sur-pénalisation », ou pénalisation excessive. Ce débat agite la doctrine pénaliste depuis des décennies, qui débat sur la question de savoir quelles catégories d'agissements illicites doivent être considérées comme des crimes et selon quels critères. Cette ambiguïté procède d'une tension entre, d'une part, l'idée que la régulation économique est amoralisée, et, d'autre part, l'idée que la morale et l'économie, qui imprègne la vie quotidienne des individus, sont, malgré tout intimement liées. Par exemple, le criminologue Sanford Kadish considérerait que si la fixation des prix est généralement illégale, elle ne doit pas être perçue comme un crime<sup>84</sup>. Stuart Green était également d'avis que les individus qui s'y livrent ne méritent pas d'être traités comme des criminels, car une telle infraction est amoralisée<sup>85</sup>. En effet, de tels comportements sont des infractions dites *mala prohibita*, et non *mala in se* : elles sont interdites du fait de la manière dont la régulation économique s'est construite dans *une* société donnée, sans pour autant que les infractions y afférentes soient reconnues comme des crimes dans *toutes* les sociétés ; par opposition aux crimes

---

<sup>82</sup> *Op cit.*, no. 49, pp. 3 et 14

<sup>83</sup> *Op cit.*, no. 46

<sup>84</sup> KADISH, S., « Some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Economic Regulations », *University of Chicago Law Review*, vol. 30, 1963

<sup>85</sup> GREEN, S., « Why it's a crime to tear a tag off a mattress: overcriminalization and the moral content of regulatory offences », *Emory L. J.*, vol. 46, 1997, pt. 1536



que sont le meurtre ou l'enlèvement, dont l'immoralité et la gravité font d'eux des infractions quasi-unanimement réprouvées par l'opinion publique du monde entier.

Pour éviter la sur-pénalisation du droit de la concurrence, Daniel Zimmer plaide pour une répression pénale à dose raisonnable, concernant les seules ententes anticoncurrentielles par objet, afin, notamment, d'éviter de recourir à des tests économiques complexes dans le cadre d'une procédure pénale déjà lourde<sup>86</sup>. Toutefois, cet argument est insatisfaisant, en ce qu'il propose une adaptation de la substance et de l'objet de la répression pénale des pratiques anticoncurrentielles à la seule et étroite fin de l'accommoder à la procédure pénale. Il fait, dès lors, justement rejaillir la possible inadéquation intrinsèque du droit de la concurrence avec le droit pénal.

ii. *La répression pénale du droit de la concurrence, un mal nécessaire ?*

Le sondage réalisé par Andreas Stephan révèle que le faible soutien populaire aux peines privatives de liberté est problématique en ce que les autres sanctions plébiscitées, à savoir le *name and shame*, les sanctions pécuniaires et l'incapacitation des dirigeants, peuvent être infligées efficacement dans le cadre d'une politique *administrative* de concurrence. Malgré tout, une partie de la doctrine s'accorde à dire que le véritable avantage de l'incarcération, peine emblématique de la répression pénale, est son niveau inégalable de dissuasion. Partant, s'il existe diverses alternatives au droit pénal, leur efficacité serait moindre, faisant de la répression pénale une sorte de « mal nécessaire » à mettre en œuvre, conjointement avec les sanctions pécuniaires, au nom de l'efficacité de la politique de concurrence. La définition d'un *modus vivendi* semble, dès lors, envisageable.

Tout d'abord, l'incapacitation des dirigeants, soit l'interdiction faite à un dirigeant condamné d'exercer des fonctions de direction d'entreprise pendant une certaine période, pourrait représenter une alternative proportionnée et efficace à la répression pénale, en ce qu'elle écarterait les instigateurs de la pratique anticoncurrentielle<sup>87</sup>. L'autorité britannique de la concurrence est l'un des rares régulateurs européens à pouvoir en prononcer, ainsi qu'elle l'a récemment fait à l'encontre de deux agents immobiliers dans le cadre d'une entente sur les prix<sup>88</sup>. Mais d'autres pays, comme la Finlande, s'en sont désintéressés, jugeant le suivi de l'individu sanctionné malaisé en pratique<sup>89</sup>. En outre, cette

---

<sup>86</sup> ZIMMER, D., « Individual sanctions for competition law infringements: Pros, cons and challenges », *Concurrences*, no. 2, 2016, pp. 28-29

<sup>87</sup> KHAN, A., « Rethinking Sanctions for Breaching EU Competition Law: Is Director Disqualification the Answer? », *World Competition*, vol. 35, no. 1, 2012, p. 77

<sup>88</sup> « UK estate agency director disqualified for competition law breaches », PaRR, 30 avr. 2019

<sup>89</sup> Ministère de l'Emploi finlandais, Kilpailulaki 2010, *Competitiveness* 4/2009, p. 53

sanction para-pénale, souvent circonscrite aux seuls dirigeants, pourrait se présenter, selon l'âge du prévenu, comme une opportunité de départ anticipé à la retraite, et pourrait même s'accompagner d'indemnités versées par la société elle-même<sup>90</sup>.

Ensuite, les amendes individuelles infligées aux individus pourraient être aisément neutralisées par des indemnités versées par leur entreprise, alors qu'une peine privative de liberté ne peut l'être<sup>91</sup>. En 2018, l'autorité espagnole de concurrence révélait leur inefficacité : rarement infligées, leur montant est souvent dérisoire et n'atteint pas le maximum légal, à l'instar des amendes infligées aux entreprises. Par ailleurs, elles ne seraient aucunement dissuasives, en ce que des dirigeants sanctionnés pour soumissions concertées occuperaient toujours leur poste<sup>92</sup>. Il en va de même pour la maigre amende de 500 euros récemment infligée par une juridiction lituanienne à un directeur-exécutif qui ne s'était pas désinscrit du registre des sociétés après la sanction de sa société pour des faits de truquage d'offres<sup>93</sup>.

Enfin, pour Robert Saint-Esteben, le contentieux indemnitaire privé diminuerait la nécessité d'une pénalisation des pratiques anticoncurrentielles, en ce que l'action privée est moins sacrifiée par les législations française et de l'Union au profit des programmes de clémence que l'action pénale, soulignant son caractère très résiduel. Néanmoins, Wils confine ledit contentieux aux violations du droit de la concurrence autres que les cartels<sup>94</sup>, qui, du fait de leur gravité, requièrent des sanctions lourdes et exemplaires.

Au surplus, certaines entreprises misent sur la gouvernance d'entreprise : en Allemagne, les directions juridiques de Microsoft, Siemens et Deutsche Bahn ont réfléchi à l'infliction d'amendes individuelles, de sanctions disciplinaires, et au limogeage des « employés voyous » responsables de violations du droit de la concurrence, tout en relevant maints obstacles posés par le droit du travail, les coûts du processus et sa transparence<sup>95</sup>.

À l'aune de ces diverses alternatives, le constat de Wils est sans appel : l'incarcération demeure le moyen de dissuasion le plus redoutable pour les *seules* violations les plus flagrantes du droit de la concurrence, soit celles qui ne créent aucun avantage économique objectifs, ne bénéficient

---

<sup>90</sup> *Op cit*, no. 14, p. 38

<sup>91</sup> *Op cit*, no. 14, p. 37

<sup>92</sup> « Spanish agency sanctioned 19 individuals for cartels since 2007 », PaRR, 24 avr. 2018

<sup>93</sup> « Lithuanian court fines executive for non-compliance with cartel sanction », PaRR, 01 févr. 2019

<sup>94</sup> *Op cit*, no. 14, p. 42

<sup>95</sup> KURGONAITÉ, E., WÄKTARE, E., « Ensuring antitrust compliance may require stick, not only carrot », PaRR, 27 sept. 2013

pas aux consommateurs et sont quasi-inexemptables<sup>96</sup>. Au prononcé de la sanction pénale pourrait également se joindre une amende pécuniaire, afin de responsabiliser toutes les parties prenantes. En revanche, pour les restrictions verticales et les abus de position dominante, une amende infligée à l'entreprise, couplée ou non avec une incapacitation du dirigeant, pourrait suffire, en ce qu'elles ne sont pas occultes, que leur effets anticoncurrentiels sont plus facilement identifiables par les victimes et peuvent être contrebalancés par des effets pro-concurrentiels à l'aune de la règle de raison<sup>97</sup>.

Ainsi, en France, le Rapport Coulon admet que « *la sanction pénale à l'encontre des personnes physiques mérite (...) d'être conservée, à l'heure où elle connaît un regain d'intérêt, avec un nombre plus significatif de condamnations prononcées depuis les années 2000* ». Étonnamment, il cite la concession, non référencée, du Conseil de la concurrence, qu'il convient de « *continuer à prévoir une sanction pénale, pour des raisons tenant à la fois à la morale (réprobation attachée à la condamnation) et à l'efficacité de l'action de l'État (des sanctions administratives, même élevées, ne suffisent pas, compte tenu des nombreux cas de réitération constatés, à assurer à elles seules la dissuasion)* »<sup>98</sup>. Comme vu précédemment, l'intrusion de la dimension morale dans le débat de la pénalisation en France paraît surprenante, mais souligne la réelle tentation des pouvoirs publics de recourir à la voie pénale<sup>99</sup>. Et ce d'autant plus que, ainsi qu'un ancien officiel de la Commission européenne l'a expliqué, l'on ne sait pas s'il y a plus ou moins de cartels dans le monde, mais qu'une chose est certaine : le nombre d'enquêtes, lui, ne décroît pas<sup>100</sup>.

Au-delà de ses fondements théoriques friables, mais qui invitent les pouvoirs publics à reconsidérer la place de la sanction administrative dans leur politique de concurrence, la répression pénale du droit de la concurrence pourrait présenter certains avantages sur le plan légal. Toutefois, ses détracteurs en soulignent les moult incohérences ( Chapitre 2 ).

## **Chapitre 2 — Le *rationale* juridique de la répression pénale du droit de la concurrence**

Sur les plans juridique et procéduraux *stricto sensu*, la répression pénale du droit de la concurrence est envisagée, par certains auteurs, comme l'assurance que les procédures de concurrence seront plus équitables, eu égard, notamment aux droits fondamentaux ( Section 1 ). Si

---

<sup>96</sup> Comm. UE, Lignes directrices concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité, OJ C 101, 27 avr. 2004, pt. 46

<sup>97</sup> *Op cit*, no. 14, pp. 37 et 42-43

<sup>98</sup> *Op cit*, no. 49, pp. 63-64

<sup>99</sup> *Ibid*, p. 14

<sup>100</sup> LYNCH, R., « Rise of cartel criminalisation raises new legal questions », PaRR, 20 sept. 2012

cette affirmation est à nuancer, la pénalisation du droit de la concurrence pose également des défis substantiels en matière de sécurité juridique ( Section 2 ).

### **Section 1 — L'assurance discutable d'une procédure plus équitable**

Si le droit de la concurrence emprunte incontestablement des principes du droit pénal, ceux-ci sont appliqués assez soupagement dans le cadre d'une procédure administrative. Par exemple, le droit de la concurrence reprend le principe d'individualisation des peines, mais l'atténue au profit de sa propre visée dissuasive en matière d'imputabilité des agissements d'une filiale à la société-mère<sup>101</sup>. Aussi apprécie-t-il libéralement, pour « *assurer un effet dissuasif de l'amende* »<sup>102</sup>, la notion de récidive, et fait de même à l'égard de la règle *non bis in idem*<sup>103</sup>. Il convient, dès lors, d'aborder deux questions majeures qui animent le débat de la pénalisation des pratiques anticoncurrentielles : celle du renforcement réel, mais mesuré, des droits fondamentaux de l'accusé, d'une part ( A ), et celle des conséquences de la répression pénale sur la règle *non bis in idem* d'autre part ( B ).

#### **A. Répression pénale du droit de la concurrence et renforcement des droits de l'accusé**

Si la répression pénale emporte de nets renforcements procéduraux des droits fondamentaux de l'accusé ( i ), suscitant l'inquiétude de la doctrine concurrentialiste quant à l'efficacité globale des procédures de concurrence, elle offre aussi au régulateur de nouveaux moyens d'enquête susceptibles de dissiper ses craintes ( ii ).

##### *i. La fondamentalisation louable des droits fondamentaux de l'accusé*

Étant donné qu'un procès pénal peut aboutir au prononcé d'une peine privative de liberté, le défendeur bénéficie de droits supplémentaires, connus sous le nom de « droits de la défense ». Ceux-là englobent, entre-autres, le droit d'être jugé promptement et publiquement par un jury impartial, le droit d'être instruit de la nature et de la cause de l'accusation, le droit d'être confronté avec les témoins à charge ou encore le droit d'être assisté d'un conseil. S'il fut un temps question de savoir si les règles de concurrence et les droits fondamentaux faisaient « bon ménage » ou étaient voués à entrer en « collision », la répression des pratiques anticoncurrentielles moderne, qu'elle soit administrative ou pénale, doit se faire dans le respect des droits fondamentaux des personnes physiques ou morales. Et

<sup>101</sup> CJCE, 10 sept. 2009, *Akzo Nobel NV e.a.*, aff. C-97/08 P

<sup>102</sup> TPICE, 25 oct. 2005, *Danone*, aff. T-38/02, pt 363

<sup>103</sup> CJCE, 29 juin 2006, *SGL Carbon AG*, aff. C-308/04, pts 36-37

ce, d'autant plus que les règles de concurrence relèvent, au sens de l'article 6 de la Convention E.D.H. sur le droit au procès équitable, de la matière pénale<sup>104</sup>. Ainsi la Cour E.D.H. aurait-elle même « repénalisé le droit de la concurrence » au moyen des droits fondamentaux<sup>105</sup>. Partant, pour les régimes administratifs de concurrence envisageant le recours au droit pénal, les incidences procédurales pourraient être nombreuses. Et si Ingeborg Simonsson y voit une chance de garantir une protection des droits fondamentaux bien plus élevée<sup>106</sup>, cette adaptation doit se faire précautionneusement.

Tout d'abord, une grande partie du débat européen s'est cristallisé autour de la charge de la preuve. En effet, dans les pays de *Common law* recourant à la répression pénale, la loi n'énonce pas les modes de preuves recevables, mais contraint le juge, à la place, d'atteindre un certain niveau de conviction pour pouvoir valablement décider qu'un fait est prouvé. Ces standards diffèrent selon que le procès est civil, où des preuves prépondérantes suffiront ; ou pénal, où le juge devra être convaincu « *au-delà de tout doute raisonnable* ». Pour l'écrasante majorité des autorités de concurrence en Europe, la préparation d'un dossier pénal constitue un exercice nouveau, en ce qu'il s'agira de rassembler des éléments de preuves robustes, puis de les présenter, le cas échéant, à un jury, qu'elles devront convaincre de la culpabilité du prévenu, et au juge répressif, qui prononcera la peine<sup>107</sup>. Ainsi l'autorité irlandaise de la concurrence a-t-elle récemment fait part des difficultés qu'elles rencontrent pour prouver, au-delà de tout doute raisonnable, la gravité de certaines pratiques autres que les infractions par objet, du fait de la nécessité d'y prouver les effets anticoncurrentiels au moyen d'analyses économiques complexes et coûteuses<sup>108</sup>. Ces obstacles, selon certains pourfendeurs de la pénalisation du droit de la concurrence, consommeraient inutilement les ressources déjà maigres des autorités, affecterait la visée dissuasive du droit de la concurrence et aboutirait à sa sous-application<sup>109</sup>.

---

<sup>104</sup> Cour E.D.H., 27 sept. 2011, *Menarini Diagnostics c/ Italie*, req. no. 43509/08

<sup>105</sup> DEWOST, J.-L., LASSERRE, B., et SAINT-ESTEBEN, R., « L'entreprise, les règles de concurrence et les droits fondamentaux : quelle articulation ? », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 35, no. 2, 2012

<sup>106</sup> SIMONSSON, I., « Criminalising Cartels in the EU: Is There a Case for Harmonisation? » in : BEATON-WELLS, C., EZARCHI, *Criminalising Cartels: Critical Studies of an International Regulatory Movement*, Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 211

<sup>107</sup> STEPHAN, A., « Four key challenges to the successful criminalisation of cartel laws », *J. Antitrust Enforcement*, vol. 2, no. 2, 2014, pp. 348-349

<sup>108</sup> VASANT, K., « Irish agency struggling to enforce non-cartel cases, says chief », *PaRR*, 4 avr. 2019

<sup>109</sup> SPAGNOLO, G., « Criminalization of Cartels and their International Organization », in : CSERES, K.J., SCHINKEL, M.P., VOGELAAR, F.O.W., *Criminalization of Competition Law Enforcement - Economic and Legal Implications for the EU Member States*, Londres, Edward Elgar, 2006, p. 135

Néanmoins, il semble que ce débat soit spécifiquement anglo-saxon. En effet, la Cour E.D.H. considère que la question de la charge de la preuve relève du droit national<sup>110</sup>, tout comme la formulation de l'article 48 de la CDF le suggère<sup>111</sup>. Aussi, à l'échelle communautaire, l'existence de l'entente injustifiable est-elle inférée d'un certains nombres de coïncidences et d'indices factuels qui, considérés ensemble, peuvent constituer, en l'absence d'une autre explication cohérente, la preuve d'une violation des règles de concurrence, sans que la Commission, sur laquelle la preuve pèse, n'ait à rapporter une preuve « allant au-delà du doute raisonnable »<sup>112</sup>. En outre, un ancien juge du Tribunal de première instance a assimilé le standard de preuve appliqué par la Commission à celui exigé par le juge pénal<sup>113</sup>. En France, il est constant que la preuve de pratiques anticoncurrentielles peut résulter soit de preuves se suffisant à elles-mêmes, soit d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants constitué par le rapprochement de divers éléments recueillis au cours de l'instruction<sup>114</sup>. Dès lors, rien ne prouve véritablement que la répression pénale emportera des conséquences négatives pour les juridictions qui y auraient recours, si tant est qu'elles n'adoptent pas le standard pénal de preuve du droit britannique. Les États-Unis présentent même une autre spécificité : dans l'affaire *U.S. c/ Socony-Vacuum*<sup>115</sup>, la Cour suprême a autorisé l'application de la règle *per se* dans les affaires antitrust criminelles, libérant ainsi le juge du fond de la mise en balance des effets pro- et anticoncurrentiels de la pratique litigieuse et soustrayant l'analyse des effets anticoncurrentiels à l'examen d'un jury. Partant, le prononcé d'une amende et de l'incarcération est restreint à la preuve de la simple participation des défendeurs à l'entente. Pour autant, un vent de contestation venu de certains juges de la Cour suprême et de la doctrine souffle sur cette règle<sup>116</sup>, perçue comme violation flagrante du droit à un jury.

En revanche, les conséquences pourraient être réelles s'agissant du droit de garder le silence. Whelan gage que la répression pénale permettrait de juguler l'arbitraire des autorités de concurrence dans le cadre de leurs enquêtes pénales<sup>117</sup>. Selon la Cour E.D.H., ce droit, intrinsèquement lié à la présomption d'innocence et à l'exigence du procès équitable<sup>118</sup>, permet d'éviter les auto-incriminations résultant de pressions exercées par les autorités sur le prévenu et qui résulteraient en de graves erreurs judiciaires. La Cour de justice apparaît, elle, en décalage avec cette approche : si

---

<sup>110</sup> Cour E.D.H., 7 oct. 1988, *Salabiaku c/ France*, req. no. 10519/83

<sup>111</sup> « Tout accusé est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie »

<sup>112</sup> TPICE, 8 juill. 2008, *BPB plc c/ Commission*, aff. T-53/03, pts 63-64

<sup>113</sup> Concl., AG Vesterdorf, 24 oct. 1991, *Rhône-Poulenc SA c/ Commission*, aff. T-1/89, pt. II-867

<sup>114</sup> Aut. conc., déc. no. 19-D-13, 24 juin 2019, pt. 58

<sup>115</sup> Cour suprême des États-Unis, 6 mai 1940, *U. S. c/ Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150

<sup>116</sup> CONNOLLY, R., « How *Per Se* Rule Will Die In Criminal Antitrust Cases », *Law360*, 20 mar. 2019

<sup>117</sup> WHELAN, P., *The Criminalisation of European Cartel Enforcement: Theoretical, Legal, and Practical Challenges*, Oxford, OUP, 2014, p. 126

<sup>118</sup> Cour E.D.H., 25 févr. 1993, *Funke c/ France*, req. no. 10588/83, pt. 44

l'entreprise ne peut pas être obligée à « *fournir des réponses par lesquelles celle-ci serait amenée à admettre l'infraction dont il appartient à la Commission d'établir la preuve* », elle doit toutefois coopérer avec cette dernière et « *fournir tous les renseignements nécessaires portant sur des faits dont elle peut avoir connaissance* », lesquels peuvent évidemment établir sa participation à l'infraction; à peine de sanctions<sup>119</sup>. Néanmoins, la Cour E.D.H. a nuancé sa position, en indiquant que ce droit ne s'étend pas à « *l'usage, dans une procédure pénale, de données que l'on peut obtenir de l'accusé en recourant à des pouvoirs coercitifs mais qui existent indépendamment de la volonté du suspect, par exemple, les documents recueillis en vertu d'un mandat* »<sup>120</sup>. En droit pénal français, est reconnu aux personnes physiques le droit de se taire<sup>121</sup>, et la présomption d'innocence et les droits de la défense doivent déjà être scrupuleusement respectés par l'Autorité en cas de transmission d'un dossier au Parquet, à peine de nullité de sa décision en appel<sup>122</sup>.

Par ailleurs, à la lumière du critère d'indépendance et d'impartialité des tribunaux prescrit par l'article 6 de la Convention E.D.H., Peter Whelan juge que la répression pénale du droit de la concurrence emporterait une nécessaire séparation des fonctions d'enquête et juridictionnelles au sein des autorités de concurrence, et potentiellement la création de nouvelles entités. Si cette démarche pourrait s'avérer fastidieuse, coûteuse et inefficace, elle pourrait être utile au vu des récentes inquiétudes de la doctrine et des institutions européennes quant à l'indépendance de certaines autorités nationales de concurrence<sup>123</sup>.

Enfin, la pénalisation pourrait contraindre les juges en Europe à faire une application plus stricte du principe de personnalité des peines et de proportionnalité, eu égard, notamment à la controversée individualisation des sanctions dans le cadre de groupes de sociétés. En théorie, l'individualisation des peines postule la prise en compte, pour chaque personne impliquée, des circonstances qui lui sont propres, de sorte que chacune ne réponde que de son propre fait. Mais celle-ci a été appréciée libéralement par le juge de Kirchberg : le comportement anticoncurrentiel d'une filiale juridiquement autonome peut être imputé à la société-mère, quand bien même celle-ci n'aurait pas commis les pratiques reprochées, lorsque cette filiale est présumée ne pas déterminer de façon autonome son comportement sur le marché, du fait de la détention à 100% de son capital par la société-mère<sup>124</sup>. La

---

<sup>119</sup> CJCE, 18 oct. 1989, *Orkem c/ Commission*, aff. 374/87, pts 34-35

<sup>120</sup> Cour E.D.H., 17 déc. 1996, *Saunders c/ Royaume-Uni*, req. no. 19187/91, pt. 69

<sup>121</sup> Article 63-1 du code de procédure pénale.

<sup>122</sup> CA Paris, 22 févr. 2005, no. 2004/14592

<sup>123</sup> WILS, W., « Independence of Competition Authorities: The Example of the EU and Its Member States », *World Competition*, vol. 42, no. 2, 2019, pp. 149–169 et, par ex., S. Michalopoulos, « Greek government accused of meddling in competition authority », *Euractiv*, 5 août 2019

<sup>124</sup> CJCE, 10 sept. 2009, *Akzo Nobel*, aff. C-97/08 P

répression pénale pourrait, de ce fait, sanctuariser ce principe et conduire à des revirements de jurisprudence.

Toutefois, il semble qu'il existe d'autres moyens, plus consensuels, pour fondamentaliser les droits fondamentaux dans le cadre de procédures de concurrence. Ludovic Bernardeau et Étienne Thomas jugent que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne consacre des principes généraux du droit de l'Union à coloration pénale et renforcera, au fil des années, leur pertinence et leur incidence en droit de la concurrence<sup>125</sup>. C'est d'autant plus vrai que l'article 3 de la Directive ECN<sup>126</sup>, qui doit être transposée d'ici 2021 dans le droit des États membres, dispose que tant lesdits principes que les dispositions de la Charte s'appliquent à la mise en œuvre des articles 101 et 102 du Traité, ainsi qu'aux mesures de droit national équivalentes. Sont notamment concernés la liberté d'entreprise, le droit de propriété, le droit à une bonne administration et le droit à un recours effectif devant un tribunal impartial. Il sera intéressant d'étudier l'impact de cet article sur les procédures de concurrence.

ii. La fondamentalisation mesurée des droits fondamentaux de l'accusé

En 2014, le Tribunal jugeait que « *même si le droit de la concurrence a, certes, un caractère quasi-pénal, il ne fait toutefois pas partie du cœur du droit pénal. Or, en dehors du 'noyau dur' du droit pénal, les garanties en matière pénale consacrées à l'article 6 de la CEDH n'ont pas nécessairement vocation à s'appliquer dans toute leur rigueur* »<sup>127</sup>. En effet, comme vu précédemment, la prégnance redoutée du droit pénal dans les procédures de concurrence doit être relativisée : outre les appréciations libérales du juge, le droit de garder le silence est, par exemple, circonscrit aux seules enquêtes pénales, tandis que la charge de la preuve pénale, dans les pays de tradition civiliste, ne diffère pas fondamentalement de celle requise en matière civile.

Toutefois, c'est plutôt à l'aune des nouvelles prérogatives d'enquête que la répression pénale confère aux autorités de concurrence que peut être dépassionné le débat sur la fondamentalisation des droits fondamentaux. Traditionnellement, les moyens d'enquête classiques incluent les inspections des locaux de l'entreprise ou du domicile du dirigeant, les demandes des renseignements, la collection

---

<sup>125</sup> *Op cit*, no. 28, pp. 377-378

<sup>126</sup> Directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur, OJ L 11

<sup>127</sup> Trib. UE, 11 juill. 2014, *Sasol e.a./Commission*, aff. T-541/08, pt 206 et citant Cour E.D.H., 23 nov. 2006, *Jussila c/ Finlande*, req. no. 73053/01, pt 43



des preuves informatiques... Mais, ainsi que l'expérience des autorités de concurrence de pays de *Common law* l'illustre, la répression pénale permet le déploiement de moyens d'enquête et de collection de preuves redoutables d'efficacité tels que surveillance électronique, la mise sur écoute des téléphones du personnel de l'entreprise ou encore leur mise en garde à vue<sup>128</sup>. Ainsi, depuis les années 1990, le *Department of Justice* étasunien y recourt afin, entre-autres, d'intercepter, d'enregistrer et de transcrire les correspondances électroniques échangées entre les membres d'ententes secrètes, avec l'aide ponctuelle d'officiels du *FBI* et d'experts en informatique légale<sup>129</sup>. À l'ère de la sophistication des échanges d'informations illicites, au moyen d'algorithmes ou de chaînes de blocs, ces pouvoirs d'enquête renforcés s'avèrent utiles et efficaces — en atteste la réussite des poursuites engagées par le *DOJ* contre les membres d'une entente secrète sur les prix pratiqués sur une place de marché en ligne<sup>130</sup>. Toutefois, les obstacles légaux et juridictionnels sont multiples : en Australie, le recours aux écoutes téléphoniques pour les violations du droit de la concurrence est légalement impossible<sup>131</sup>, et des mandats de perquisition peuvent être exigés des autorités de concurrence, au nom du droit au respect de la vie privé des employés de l'entreprise, ainsi que la Cour suprême du Canada l'a récemment jugé<sup>132</sup>.

En France, David Viros voit dans ces nouvelles prérogatives un moyen d'efficientiser les moyens d'enquêtes de l'Autorité de la concurrence, qui n'y a, pour le moment, qu'un accès limité<sup>133</sup>. Ainsi a-t-elle pu déjà bénéficier d'éléments du dossier transmis par le juge pénal, tels que des auditions, des écoutes téléphoniques et des documents informatiques saisis, qui ont révélé l'existence de réunions au cours desquelles d'éminentes sociétés françaises se répartissaient des marchés publics de restauration de monuments historiques<sup>134</sup>. Comme dans les pays anglo-saxons, les conditions d'exploitation des pièces du procès pénal par l'Autorité ont déjà fait l'objet de nombreuses, mais vaines contestations de la part des entreprises<sup>135</sup>.

Toutefois, la fondamentalisation des droits fondamentaux face à l'accroissement des pouvoirs d'enquêtes des autorités ne serait-elle pas antagonique ? En effet, en pratique, il semblerait que cette situation pourrait gravement nuire aux droits de l'accusé. En attestent les inquiétudes de la doctrine

---

<sup>128</sup> VESTERDORF, B., « Are fines the final answer to cartels in Europe? », *Concurrences*, no. 2, 2009

<sup>129</sup> *Op cit*, no. 14, p. 40

<sup>130</sup> Cour de district des États-Unis pour le district nord de la Californie, 6 avr. 2015, *U.S. c/ Topkins*, no. 15 Cr. 201

<sup>131</sup> BEATON-WELLS, C., « The Politics of Cartel Criminalisation: A Pessimistic View from Australia », *University of Melbourne Law Review*, no. 4, 2008

<sup>132</sup> Cour suprême du Canada, 7 nov. 2013, *Thanh Long Vu c/ Her Majesty the Queen*, aff. n°34687

<sup>133</sup> VIROS, D., « Individual sanctions for competition law infringements: Pros, cons and challenges », *Concurrences*, no. 2, 2016, p. 27

<sup>134</sup> Aut. conc., déc. no. 11-D-02, 26 janv. 2011

<sup>135</sup> LEMAIRE, C., Colloque "Sanctions pénales des pratiques anticoncurrentielles" : La coordination entre les juges répressifs et le Conseil de la concurrence, *Concurrences*, no. 1, 2008, p. 31

française vis-à-vis de l'usage, par l'Autorité, de l'article 40 de la procédure pénale, lui permettant, sans souvent en justifier le bien-fondé, de recevoir du Parquet commission rogatoire pour obtenir des éléments de preuve que ses pouvoirs d'enquêtes administratifs classiques ne lui procurent pas. Fabienne Siredey-Garnier dénonce une démarche échappant à tout garde-fou et retardant l'exercice des droits de la défense au stade de la mise en examen, et non, comme l'exige la jurisprudence de la Cour de justice, à celui de l'enquête préalable. Aymeric de Montcuit remarque également que si des éléments de preuves sont obtenus illégalement par l'Autorité, son enquête sera, par capillarité, réputée irrégulière dans son entièreté, sapant ainsi potentiellement l'efficacité de sa politique de concurrence. Hugues Calvet craint enfin que cette démarche, incohérente avec la logique de dépenalisation voulue par le législateur, ne ralentisse la procédure en faisant intervenir plus régulièrement de nouveaux acteurs, tels que le juge répressif ou le Conseil d'État<sup>136</sup>. Cette « re-pénalisation » inavouée expose les risques liés à l'accroissement des pouvoirs des autorités de concurrence lorsqu'elles se dotent d'un arsenal pénal, ainsi que la nécessité de mettre en place des sauvegardes des droits des opérateurs faisant l'objet d'une enquête, tout en assurant la mise en œuvre effective des règles de concurrence.

Au-delà des questions soulevées au regard des droits fondamentaux de l'accusé, l'introduction de sanctions pénales aux côtés, comme c'est souvent le cas, de sanctions administratives, pose la question de l'application et du respect de la règle *non bis in idem* ( B ).

## **B. Répression pénale du droit de la concurrence et règle *non bis in idem***

Comme vu précédemment, la pénalisation de certaines pratiques anticoncurrentielles n'est pas qu'un simple aggiornamento de la politique de concurrence, et ses implications théoriques, juridiques et pratiques abondent. Cette véritable nouvelle orientation donnée à la politique de concurrence implique que soient envisagées et réglementées, au nom de son efficacité, les interactions entre la répression pénale et la répression administrative<sup>137</sup>. Celles-ci se traduisent principalement par le respect de la règle de procédure pénale *non bis in idem*, qui proscriit la double incrimination : nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans une juridiction<sup>138</sup>, ou dans l'Union<sup>139</sup> par un jugement pénal définitif conformément à la loi.

---

<sup>136</sup> Conférence du 15 mai 2019, les enquêtes de concurrence, organisée par Concurrences et le Cabinet Mayer Brown

<sup>137</sup> MADERO VILLAREJO, C., Introductory Remarks for Panel Session, Competition Law Conference, Seoul, 28 avr. 2011

<sup>138</sup> Article 4, paragraphe 1, du Protocole no. 7 de la Convention E.D.H.

<sup>139</sup> Article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

En droit de la concurrence, il s'agit d'un principe général du droit de l'Union également reconnu par l'Autorité de la concurrence<sup>140</sup>. Pourtant, Laurence Idot souligne une certaine hostilité des autorités de concurrence à l'égard de cette règle, en ce que son application pourrait alléger les sanctions voire empêcher leur infliction<sup>141</sup>. Elle remarque, toutefois, que son incidence est minime en pratique : les décisions des autorités de concurrence sont dépourvues d'autorité de la chose jugée, et sont donc inassimilables aux « jugements définitifs » concernés par la règle, alors que les décisions des juridictions de droit commun en sont dotées. De plus, les autorités de concurrence à travers le monde s'intéressent majoritairement aux personnes morales, tandis que le juge pénal condamne des personnes physiques : la condition d'identité des personnes requise par la règle *non bis in idem* fait, partant, défaut. En outre, dans l'intérêt de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, l'application cumulative des articles L. 420-1 et L. 420-2 c. com. est même admise<sup>142</sup>, tout comme l'infliction, à une entreprise, de plusieurs amendes pour violation du droit national et européen de la concurrence dans le cadre d'une même décision, sans pour autant que soit violé la règle *non bis in idem*, sous réserve néanmoins que les amendes soient proportionnées à la nature de l'infraction<sup>143</sup> et qu'il soit tenu compte, au nom de l'équité, de toute décision répressive antérieure<sup>144</sup>. En matière de cartels internationaux, la Cour de justice a même jugé que la Commission n'a pas à tenir compte des sanctions et des poursuites engagées par des pays tiers, car il n'existe aucun principe de droit international public interdisant à des États différents de diligenter des poursuites parallèles<sup>145</sup>.

Toutefois, les conséquences de cette approche libérale pourraient être plus graves si la répression pénale du droit de la concurrence venait à se généraliser, et notamment, comme le remarque Manfred Zuleeg, en cas de cohabitation avec la répression administrative<sup>146</sup>. En effet, des difficultés pourraient émerger dans les situations où, d'une part, l'autorité de concurrence d'un État imposerait des sanctions administratives à des entreprises tandis qu'une autre recourrait aux sanctions pénales individuelles, et où, d'autre part, une seule et même juridiction prévoirait l'imposition de sanctions administratives aux entreprises et pénales aux individus. Afin d'éviter le prononcé de peines disproportionnées et non-conformes à la règle *non bis in idem*, Peter Whelan recommande que soit

---

<sup>140</sup> Aut. conc., 12 mai 2016, déc. n°16-D-09, pts 267-268

<sup>141</sup> IDOT, L., « Réflexions sur l'application de certains principes et notions du droit pénal en droit des pratiques anticoncurrentielles », *Concurrences*, no. 2, 2006

<sup>142</sup> Cons. conc., 15 sept. 2004, déc. n°04-D-44, pt. 78

<sup>143</sup> CJUE, 3 avr. 2019, *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A.*, aff. C-617/17, pt. 40

<sup>144</sup> CJCE, 13 févr. 1969, *Walt Wilhelm*, aff. C-14/68, pt. 11. V., pour une application de ce principe, l'affaire des *treillis soudés* (TPICE, 6 avr. 1995, *Tréfileurope*, aff. T-141/89, pt. 191)

<sup>145</sup> CJUE, 9 juill. 2015, *InnoLux Corp.*, aff. C-231/14, pt. 75

<sup>146</sup> ZULEEG, M., « Criminal Sanctions Imposed on Individuals as an Instrument of Enforcement of European Antitrust Law », in : EHLERMANN, C.-D., ATANASIU, I., *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Hart, Oxford, 2002, p. 13

expressément et légalement prévue une protection des individus contre les doubles poursuites et sanctions pour la même infraction, avant d'admettre que les situations sus-décrites sont plutôt rares. En effet, les affaires ne présentent pas souvent, en droit de la concurrence, une identité de faits, d'acteurs et de temporalité. De plus, l'existence, en Europe, du REC, permet aux autorités de concurrence de s'informer mutuellement des poursuites lancées contre une entreprise ou un individu, ce qui limite souvent le lancement de poursuites parallèles<sup>147</sup>.

Pour autant, le risque zéro n'existe pas. Selon Whelan, la large interprétation donnée au concept d'« entreprise » en droit de la concurrence, couplée à l'article 299 du Traité, lequel dispose que « *les actes (...) de la Commission (...) qui comportent, à la charge des personnes (...) une obligation pécuniaire forment titre exécutoire* », permet d'affirmer qu'une entreprise individuelle pourrait être assujettie à des sanctions administratives et pénales si le droit de la juridiction en cause le prévoit — ce qui ne semble jamais s'être produit en pratique — et que, partant, le principe *non bis in idem* pourrait être bafoué<sup>148</sup>. Une position antagonique à celle de Laurence Idot, qui assène que « *pour le droit de la concurrence, peu importe que l'infraction soit le fait de personnes physiques, de salariés ou de dirigeants. L'entreprise est responsable* »<sup>149</sup>. Mais en France, la question de l'articulation de la règle *non bis in idem* avec l'article L. 420-6 c. com. — lequel renvoie à des textes sanctionnant administrativement des pratiques anticoncurrentielles — reste également en suspens, malgré l'admission, par le Conseil constitutionnel<sup>150</sup> et la Cour de cassation<sup>151</sup>, du cumul de sanctions prises sur la base de textes différents en matière financière, écartant *de facto* ladite règle. Dès lors, ces préoccupations ne sont pas uniquement doctrinales, et pourraient se concrétiser si se généralisait la répression pénale du droit de la concurrence.

Outre ces considérations procédurales, l'adaptabilité de la répression pénale au droit de la concurrence doit faire face à un autre défi de taille : celle de la sécurité juridique ( Section 2 ).

## **Section 2 — La répression pénale du droit de la concurrence à l'épreuve de la sécurité juridique**

La pénalisation du droit de la concurrence pose également la question du respect du principe impérieux de sécurité juridique dans la conceptualisation de l'infraction pénale. Ce premier aspect

---

<sup>147</sup> *Op cit*, no. 117, p. 174

<sup>148</sup> *Op cit*, no. 117, p. 167 et s.

<sup>149</sup> IDOT, L., « La responsabilité pénale des personnes morales : les leçons du droit européen de la concurrence », *Concurrences*, no. 1, 2012, p. 56

<sup>150</sup> Cons. const., 17 janv. 2013, no. 2012-289 QPC, p. 3

<sup>151</sup> Cass. crim., 22 janv. 2014, no. 12-83.579

théorique ( A ) ne peut être envisagé indépendamment de l'importance pratique du respect dudit principe pour le régulateur ( B ).

## **A. La théorie de la répression pénale du droit de la concurrence à l'épreuve de la sécurité juridique**

Le respect du principe de sécurité juridique dans l'élaboration d'une norme est forcément mis à l'épreuve par le droit de la concurrence, matière relevant du droit économique et dont les contours sont intrinsèquement imprécis ( i ). Mais cette tension gagne en intensité lorsqu'entre en jeu la répression pénale ( ii ).

### *i. L'insécurité juridique inhérente au droit de la concurrence*

Le principe de légalité des articles 7 de la Convention E.D.H. et 49 de la CDF implique, d'une part, que nul ne peut être condamné pour un acte qui, au moment où il a été commis, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international ; et empêche, d'autre part, que soit infligée une peine plus forte que celle qui était applicable au moment de la commission dudit acte. Il incorpore la notion de « sécurité juridique », pilier de l'État de droit, qui requiert de la loi pénale qu'elle définisse précisément et clairement l'infraction, de sorte que le justiciable puisse savoir, à partir du libellé de son texte, quelles actions engagent ou non sa responsabilité pénale.

Au-delà du droit pénal, le Cour de justice a itérativement jugé que le droit de la concurrence, où le délit est l'infraction et où la peine est, généralement, l'amende, s'inféode aux principes susvisés<sup>152</sup>. Concrètement, il doit être évident, pour les entreprises, que la fixation des prix, la répartition des marchés, la restriction des volumes de vente ou un abus de position dominante constituent une infraction, et que leur perpétration peut aboutir à une sanction.

Toutefois, en raison de ses fondations économiques et de son recours à des analyses complexes et parfois débattues, il est affirmé que les contours des règles du droit de la concurrence, et, plus généralement, ceux des infractions de nature économique, seraient, par nature imprécis et indéfinissables, et que leur répression, notamment pénale, serait d'office incompatible avec l'article

---

<sup>152</sup> Trib. UE, 17 mai 2011, *Elf Aquitaine c/ Commission*, aff. T-299/08, pts 187-189 ; 16 juin 2011, *Heineken Nederland et Heineken c/ Commission*, aff. T-240/07, pts 383-386 ; et 27 juin 2012, *Microsoft c/ Commission*, aff. T-167/08, pt. 84.

7 de la Convention E.D.H<sup>153</sup>. Existe-t-il un risque que le principe *punitur quia peccatum est*, selon lequel le criminel ne doit être puni pour nulle autre raison que pour sa violation de la loi, soit donc battu en brèche ? Au début du vingtième siècle, cette critique avait été formulée à l'encontre du *Sherman Act*<sup>154</sup>, qui n'identifie pas avec exactitude ce qui est interdit, avant que la pratique du *DOJ* ne légitime le recours à la répression pénale. Un équilibre doit donc être atteint. Ainsi, il serait injuste de réprimer administrativement ou pénalement certaines pratiques anticoncurrentielles, tant leurs caractéristiques et leurs effets sur la concurrence sont pluriels, et potentiellement pro-concurrentiels ou, du moins, justifiables objectivement, à l'instar des abus de position dominante et des restrictions verticales<sup>155</sup>. *A contrario*, il est aisé, pour un homme d'affaires, de comprendre qu'il ne doit pas échanger, avec ses concurrents, sur les prix, information commercialement sensible par excellence, d'autant que le consensus sur la nocivité d'une telle pratique est large.

ii. *L'insécurité juridique et la répression pénale du droit de la concurrence*

Le droit de la concurrence étant intrinsèquement imprégné d'insécurité juridique, il est indispensable, dès lors, que le législateur fasse preuve de la plus grande rigueur dans l'élaboration de l'incrimination pénale, du fait de la nécessité de conformité au principe impérieux de légalité des délits et des peines. Ainsi, le contenu et la portée de l'infraction doivent être limpides pour que les participants à une entente, le juge, les jurés et le justiciable en perçoivent immédiatement son caractère préjudiciable, immoral, la manière dont la loi peut être transgressée, et les conséquences pénales qui en résulteront<sup>156</sup>.

Malgré l'existence d'une tension exacerbée entre la répression pénale du droit de la concurrence et le principe de sécurité juridique, les attitudes des législateurs à travers le monde sont loin d'être exemplaires. De grandes divergences existent eu égard à la conceptualisation des éléments constitutifs de l'infraction pénale, à savoir l'élément légal (principe de légalité), l'élément matériel (l'action ou l'omission proscrite par la loi), et l'élément moral (l'intention criminelle).

---

<sup>153</sup> IDOT, L., Colloque « Sanctions pénales des pratiques anticoncurrentielles » : Le droit des États membres de l'Union européenne, *Concurrences*, no. 1, 2008, p. 17

<sup>154</sup> CHADWELL, J., « Antitrust Administration and Enforcement », *Michigan Law Review*, no. 53, 1955, pp. 1138-1139

<sup>155</sup> DE LA TORRE, F., « The 2006 guidelines on fines : reflections on the Commission's practice », *World Competition*, vol. 33, no. 3, 2010, pp. 365-366

<sup>156</sup> *Op cit*, no. 117, p. 182 et KOVACIC, W., « Individual sanctions for competition law infringements: Pros, cons and challenges », *Concurrences*, no. 2, 2016, p. 37

En premier lieu, sur le plan légal, l'infraction pénale au droit de la concurrence peut être prévue dans le Code pénal ou, spécifiquement dans la loi sur la concurrence, tel qu'il avait été le cas en France avec l'article 17 de l'ordonnance de 1986<sup>157</sup>. L'infraction pénale peut y être conçue comme une infraction autonome, telle que la *cartel offence* britannique, laquelle est distincte de l'entente et de l'abus de position dominante, ou par renvoi aux interdictions des pratiques anticoncurrentielles, comme le prévoit l'article L. 420-6 c. com. en France. Souvent, en Europe, ces infractions ne renvoient souvent qu'aux qualifications de droit national, et non à leurs équivalences en droit de l'Union, comme c'est le cas de l'article L. 420-6 c. com. Cela peut poser un problème de sécurité juridique : arguant du principe de légalité, certains auteurs pénalistes français jugeaient, avant l'entrée en vigueur du Règlement no. 1/2003, que l'application de sanctions pénales à des violations du droit de l'Union serait impossible<sup>158</sup>. Les Britanniques estimaient également que la *cartel offence* était inapplicable aux violations du droit de l'Union, car sa spécificité poursuivrait des objectifs différents au sens de l'article 3, paragraphe 3, du Règlement<sup>159</sup>. Mais ces approches sont incompatibles avec l'article 3 dudit Règlement, qui impose pourtant que, dans la mesure où le droit national prévoit des sanctions pénales pour des violations du droit national des pratiques anticoncurrentielles, celui-ci devrait également s'appliquer en cas de violation des articles 101 et 102 du Traité.

En second lieu, l'élément matériel de l'infraction pénale peut donner du fil à retordre au législateur, du fait de la vastité du droit de la concurrence. Les législations à travers le monde recèlent d'un certain nombre d'étrangetés : s'il n'a jamais été question de pénaliser le droit des aides d'État, la violation de l'effet suspensif en droit des concentrations constitue une infraction pénale en Irlande<sup>160</sup>, en Grèce<sup>161</sup> et au Danemark, où, en 2015, l'autorité danoise de concurrence transmettait pour la première fois une affaire de *gun-jumping* au Parquet<sup>162</sup>. Scorie du droit pénal général, la tentative d'infraction est réprimée par les droits australien et irlandais, mais celle-ci est difficilement envisageable et ne revêt, selon la doctrine, aucun intérêt pratique<sup>163</sup>. Toutefois, le plus souvent, la répression pénale vise le droit des pratiques anticoncurrentielles, regroupant classiquement les ententes horizontales et verticales, ainsi que les abus de position dominante. Si, comme vu précédemment, les ententes secrètes résistent à l'incursion de l'analyse économique et demeurent

---

<sup>157</sup> Ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence

<sup>158</sup> *Op cit*, no. 153, p. 18

<sup>159</sup> *Op cit*, no. 14, p. 21

<sup>160</sup> « First Irish gun-jumping prosecution ends in charitable donation », PaRR, 9 avr. 2019

<sup>161</sup> FAVART, M., « The Greek Parliament criminalizes horizontal competition law infringements », *Concurrences*, 2009

<sup>162</sup> KLÖCKER, M., « The Danish Competition and Consumer Authority refers its first gun-jumping case to the public prosecutor (KPMG / EY) », *Concurrences*, 2015

<sup>163</sup> *Op cit*, no. 59, p. 125

anticoncurrentielles par objet, les pratiques unilatérales, elles, ne sont plus sanctionnées *per se*, requérant de l'autorité de concurrence la réalisation d'analyses économiques fouillées tenant compte d'éléments exogènes, comme la structure ou le fonctionnement des marchés concernés<sup>164</sup>. Ces dernières sont généralement regardées comme inadaptées à la répression pénale.

Ainsi le droit français renvoie-t-il à tout type de pratiques anticoncurrentielles, sans distinction. L'article L. 420-6 c. com. punit de 75 000€ d'amende et de quatre ans d'emprisonnement toute personne physique ayant pris « *frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre des pratiques visées aux articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce* ». En d'autres termes, le but est de sanctionner des pratiques anticoncurrentielles accompagnées de comportements malveillants. Toutefois, la doctrine française ne tarit pas de critiques sur le champ d'application de ce délit, jugé « *trop vaste* », « *attrape tout* », « *choquant* »<sup>165</sup> et « *inquiétant* »<sup>166</sup>, en ce qu'il vise toutes les ententes, les abus de position dominante et de dépendance économique. Pourtant, la Commission Donnedieu de Vabres, à l'origine du texte litigieux, circonscrivait la sanction pénale à des contraintes, abus d'autorité, dissimulation ou tout autre moyen frauduleux ; une approche d'inspiration étasunienne visant les ententes illicites couplées à des menaces ou actes de violence destinés à établir ou faire respecter l'entente. Mais le Conseil d'État, dans un souci de simplification, aurait proposé la version actuelle du texte<sup>167</sup>. Dès lors, pourquoi son champ d'application pose-t-il problème ? D'une part, la notion de personne physique est intrinsèquement vague, en ce qu'elle peut viser plusieurs personnes œuvrant à des stades différents, et a fait l'objet d'interprétations larges, inconsistantes et déroutantes par le juge. Ainsi le chef d'entreprise n'ayant pas personnellement pris part à la réalisation de l'infraction, peut s'exonérer de sa responsabilité pénale s'il rapporte la preuve d'une délégation de pouvoirs<sup>168</sup>, pouvant donc mener à l'inculpation de salariés<sup>169</sup>, voire de tiers aux entreprises<sup>170</sup>. Est requise la participation active, délibérée et en connaissance de cause à des échanges d'informations commercialement sensibles, des réunions illicites visant à concevoir, organiser et mettre en œuvre la pratique litigieuse<sup>171</sup>. D'autre part, l'article L. 420-6 c. com. s'applique également aux personnes morales, une spécificité française

---

<sup>164</sup> COT, J.-M., Colloque "Sanctions pénales des pratiques anticoncurrentielles" : Les enseignements du droit américain, *Concurrences*, no. 1, 2008, p. 11

<sup>165</sup> *Op cit*, no. 2, p. 9

<sup>166</sup> LUCAS DE LEYSSAC, C., Colloque "Sanctions pénales des pratiques anticoncurrentielles" : L'inquiétant article L. 420-6 du Code de commerce, *Concurrences*, no. 1, 2008, p. 21

<sup>167</sup> *Ibid*, p. 22

<sup>168</sup> Cass. crim., 11 mar. 1991, no. 90-83.855

<sup>169</sup> TGI Paris, 26 mai 2004, no. 9728303534

<sup>170</sup> Cass. com., 10 déc. 1996, no. 94-16.234

<sup>171</sup> *Op cit*, no. 135, p. 25



qui ne fait l'objet d'« aucune justification »<sup>172</sup> selon Laurence Idot, d'autant qu'elle pourrait constituer tant une violation du principe de légalité des délits et des peines que de la règle *non bis in idem*. Pourtant, la récente amende record de 4,5 milliards d'euros infligée à UBS pour démarchage bancaire illicite et blanchiment de fraude fiscale prouve que la sanction pénale de la personne morale est toujours d'actualité<sup>173</sup>.

En dernier lieu, l'élément moral est le plus controversé. Jusqu'en 2013, le droit britannique requérait une participation « malhonnête » de l'individu poursuivi pour participation à un cartel. Le jury devait apprécier le comportement de l'accusé par rapport aux standards de l'homme moyen raisonnable et vérifier que l'individu poursuivi connaissait ce standard<sup>174</sup>. Censé exclure les accords pro-concurrentiels<sup>175</sup>, tels que ceux pouvant bénéficier d'une exemption sous l'article 101, paragraphe 3, du Traité, ce standard, très critiqué, n'a aucunement rendu ces pratiques répugnantes aux yeux du public, tant les condamnations sur son fondement étaient rares, et a été finalement supprimé du texte<sup>176</sup>. En France, la participation « frauduleuse », implique un élément intentionnel, mais la doctrine s'interroge sur sa teneur : s'agit-il de tromperies, de dissimulations, de mauvaise foi ? En décembre 2018, la Cour de cassation, saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité sur la conformité de l'article L. 420-6 c. com., est venue préciser que cet adjectif visait « *tout acte intentionnel de mauvaise foi ou de tromperie* », en conséquence de quoi ces dispositions « *ont rédigées en des termes suffisamment clairs et précis pour exclure tout risque d'arbitraire et laissent au juge, auquel la loi permet de consulter l'autorité de la concurrence, le soin, conformément à son office, de qualifier des comportements que le législateur, de par leur complexité et leur variété, ne peut énumérer de façon exhaustive* »<sup>177</sup>.

Ce sombre tour d'horizon de la substance de l'infraction pénale souligne la gageure que représente, pour le législateur, son élaboration, et suggérerait même que la répression pénale serait inadaptée au droit de la concurrence. Pourtant, au-delà de l'hypothèse de l'amendement législatif d'une infraction pénale trop imprécise, le juge français pourrait intervenir, en s'inspirant, notamment, de l'approche embrassée par la Cour suprême des États-Unis dans son arrêt *US Gypsum*<sup>178</sup>. La Haute juridiction y a constaté que le *Sherman Act* n'était pas un texte pénal comme les autres, du fait de l'imprécision des infractions économiques qu'il contient. Au nom du principe de sécurité juridique et

---

<sup>172</sup> *Op cit*, no. 153, p. 20

<sup>173</sup> MAUJEAN, G., « UBS, un jugement qui fera date », *Les Échos*, 20 févr. 2019

<sup>174</sup> *Op cit*, no. 153, p. 18

<sup>175</sup> *Op cit*, no. 117, pp. 222-223

<sup>176</sup> *Op cit*, no. 117, pp. 224

<sup>177</sup> *Op cit*, no. 58

<sup>178</sup> Cour suprême des États-Unis, 28 juin 1978, *U.S. c/ U.S. Gypsum*, 438 U.S. 422

au vu de la pratique du *Department of Justice* de ne poursuivre pénalement que les ententes les plus graves, la Cour a déduit qu'il existait une intention criminelle caractérisée des prévenus dans le cadre de ces seuls comportements, en ce qu'ils ont forcément eu conscience des effets anticoncurrentiels prévisibles de leurs actions, les ont planifiées et calculées avec attention et dans le plus grand des secrets. Partant, selon Jean-Mathieu Cot, la limitation, par le *DOJ*, de ses poursuites pénales aux infractions les plus flagrantes, connues de tous, permet, d'une part, « *de définir l'infraction* » et, d'autre part, « *de se satisfaire d'une sorte de définition objective de la preuve de l'élément moral de l'infraction* », analogue à celle du dol général en droit français<sup>179</sup>. *A contrario*, est exclue la répression pénale pour les pratiques où l'intention criminelle n'est pas caractérisée, telle que les abus de position dominante.

Au-delà de ces considérations théoriques, qui révèlent toutefois l'exercice d'équilibriste juridique que représente la répression pénale du droit de la concurrence, l'inobservation du principe de sécurité juridique peut avoir des incidences pratiques plurielles ( B ).

## **B. La pratique de la répression pénale du droit de la concurrence à l'épreuve de la sécurité juridique**

Les conséquences pratiques du non-respect du principe de sécurité juridique dans l'élaboration de l'infraction pénale du droit de la concurrence sont particulièrement lourdes de conséquences ( i ). Elles demeurent cependant minimales face à l'application hasardeuse d'infractions pénales générales à des conduites relevant du seul droit de la concurrence ( ii ).

### *i. Les incidences d'une incrimination pénale du droit de la concurrence vaguement définie*

Dès 2003, les pays de l'OCDE ont exprimé leur crainte que les sanctions pénales soient laissées inappliquées et perdent de leur force dissuasive si la conduite visée est insuffisamment définie<sup>180</sup>. William Kovacic estime qu'une infraction ainsi conceptualisée accroîtra la perception injuste et erratique de la loi<sup>181</sup>, lorsque Daniel Zimmer<sup>182</sup> met en garde contre leur risque de *chilling effect* (effet dissuasif) sur la conduite des affaires commerciales vertueuses. En effet, les entreprises, faute de certitude quant aux comportements pénalement répréhensibles, pourraient graduellement s'abstenir

---

<sup>179</sup> COT, J.-M., Colloque "Sanctions pénales des pratiques anticoncurrentielles" : Les enseignements du droit américain, *Concurrences*, no. 1, 2008

<sup>180</sup> OECD Competition Committee, « Cartel Sanctions against Individuals », Policy Roundtables, octobre 2003

<sup>181</sup> *Op cit*, no. 156, p. 33

<sup>182</sup> *Op cit*, no. 82, p. 28

de prendre des risques, tant la menace de voir leur dirigeant appréhendé et incarcéré se ferait grande. Peter Whelan indique, en outre, qu'une infraction claire et prévisible permettra de guider les demandeurs individuels de clémence et diminuera, au cours d'un contentieux, le temps et les ressources consacrées à la clarification de tel ou tel aspect de la loi<sup>183</sup>. Dès lors, en pratique, une infraction pénale non-conforme au principe de sécurité juridique remet irrémédiablement en cause son plein effet dissuasif et rétributif, ainsi que, plus généralement, la crédibilité du droit pénal et de l'effectivité de la politique de concurrence.

Comme vu précédemment, aux États-Unis, le *Department of Justice* a normalisé le recours à la répression pénale aux seules affaires de cartel, et ce, malgré la rédaction nébuleuse des incriminations du *Sherman Act* et du *Clayton Act*<sup>184</sup>. Pour Kovacic, cette utilisation modérée et à bon escient d'un texte pourtant imprécis a insufflé légitimité, justesse et efficacité à la répression pénale étasunienne des pratiques anticoncurrentielles<sup>185</sup>. En France, comme vu précédemment, l'article L. 420-6 c. com. est inquiétant, parce qu'il est imprécis et est susceptible de s'appliquer à un vaste spectre de pratique anticoncurrentielles. Les conséquences pratiques de ses imprécisions sont criantes. Tout d'abord, en matière de sanction, la doctrine s'est interrogée sur la condamnation, par des juges de première instance, des dirigeants pour dépôt d'offres de couverture dans le but de récupérer le montant de la caution déposée lors de l'envoi du dossier de candidature<sup>186</sup>, ou celle d'un prévenu pour une pratique jugée conforme aux règles de concurrence par le Conseil de la concurrence<sup>187</sup> ou encore la relaxation d'un prévenu au motif que, en tant que salarié, il ne pouvait engager son entreprise tout en condamnant l'autre prévenu, gérant d'une société, pour entente avec la première entreprise<sup>188</sup>. À cet égard, Éric David regrette le nombre élevé de relaxes en appel, qui altère l'effet dissuasif de l'article L. 420-6 c. com.<sup>189</sup>. Ensuite, il semble que le succès des poursuites pénales en France ait souvent été conditionné à la constatation d'autres délits plus connus du juge, tels que ceux de favoritisme et de corruption<sup>190</sup>, comme si le seul délit de participation personnelle et frauduleuse à une entente illicite ou à un abus de position dominante était insusceptible d'aboutir à une condamnation pénale. Enfin, en matière procédurale, selon Christophe Lemaire, l'application à géométrie variable de la

---

<sup>183</sup> *Op cit*, no. 117, p. 175

<sup>184</sup> Antitrust Modernisation Commission, Report and Recommendations 297, avr. 2007, « *the DOJ has made quite clear that it does not currently prosecute anything other than hardcore cartel activity criminally, and it has no plans to change that policy in the future* ».

<sup>185</sup> *Op cit*, no. 156, p. 36

<sup>186</sup> T. corr. Chartres, 22 juin 2000, *Ministère Public c/ A. C. e.a.* et T. corr. Albertville, 23 oct. 2000, *Ministère Public c/ C. F. e.a.*

<sup>187</sup> T. corr. Grasse, 22 janv. 1999, *Procureur de la République c/ Georges C. e.a.*

<sup>188</sup> *Op cit*, no. 166

<sup>189</sup> DAVID, E., « Les poursuites pénales contre les auteurs de pratiques anticoncurrentielles », *Concurrences*, no. 2, 2006

<sup>190</sup> T. corr. Grenoble, 13 nov. 1997, *marché d'appels d'offres pour des marchés d'enrobés bitumineux*

prescription des actions engagées sur la base de l'article L. 420-6 c. com. n'a « rien de rassurant » : lorsqu'il s'agit d'ententes dissimulées, elle ne commence à courir qu'au jour de la révélation de l'infraction<sup>191</sup>, alors que lorsqu'il s'agit d'un abus de position dominante résultant d'une rupture contractuelle, la prescription ne court qu'à compter de la date de cessation des relations contractuelles<sup>192</sup>. En effet, en droit pénal, sauf exceptions prévues par la loi — dont l'article L. 420-6 c. com. ne fait pas partie — la prescription court au lendemain du jour de la commission de l'acte délictueux pour les infractions instantes et au jour où l'acte délictueux prend fin en cas d'infractions continues. Face à cette « nouvelle exception jurisprudentielle », M. Lemaire déplore l'éloignement des règles pénales de celles applicables aux poursuites devant l'Autorité, qui distinguera selon que la pratique est secrète ou non<sup>193</sup>.

Quelles solutions s'offriraient alors au législateur et au juge français ? Pour le législateur, il serait judicieux de recentrer l'incrimination pénale sur les pratiques anticoncurrentielles les plus nocives, y compris celles de l'article 101 du Traité ; exclure son application aux abus de position dominante, et la cantonner aux seules personnes physiques, tout en prévoyant, pour ces dernières, un mécanisme de protection des demandeurs de clémence. Ainsi l'article L. 420-6 c. com. se délesterait de son statut de « délit en trompe-l'œil, destiné à figurer dans les textes mais à ne pas encombrer les prétoires »<sup>194</sup>. S'agissant du juge, Claude Lucas de Leyssac gage que si le Conseil constitutionnel avait eu à connaître de l'article L. 420-6 c. com., il l'aurait censuré<sup>195</sup>. Mais le récent refus de transmettre une QPC portant sur la conformité dudit article avec le principe de la légalité des délits et des peines, réputée dépourvue de caractère nouveau et sérieux, ne lui permettra malheureusement pas de se prononcer. Lucas de Leyssac s'estimait cependant rassuré par l'interprétation téléologique du juge de cette disposition, puisqu'en pratique, l'article L. 420-6 c. com. a toujours été appliqué personnes physiques pour des faits d'ententes secrètes, et non aux personnes morales ou aux dispositions des articles L. 420-2 et L. 420-2-2 c. com.

---

<sup>191</sup> Cass. crim., 20 févr. 2008, *X... Michel e.a.*, n°02-82.676 et 07-82.110, aff. dite des « Lycées d'Île de France »

<sup>192</sup> Cass. crim., 19 mar. 2008, *SNF c/ Cyttec Industries BV*, n°07-80.473

<sup>193</sup> LEMAIRE, C., « Droit pénal de la concurrence : La Cour de cassation, dans sa jurisprudence récente, conduit à une application à géométrie variable de la prescription des actions engagées sur la base de l'article L. 420-6 C. com (SNF c/Cyttec Industries) », *Concurrences*, no. 3, 2008, pp. 136-137

<sup>194</sup> CONTE, V. P., *Droit pénal et concurrence*, éd. E., JCP, 2000, n°3, p. 21

<sup>195</sup> *Op cit*, no. 166, p. 23

ii. *Les incidences d'une incrimination pénale générale appliquée aux violations du seul droit de la concurrence*

Laurence Idot note que les amendes infligées aux entreprises ne sont pas nécessairement administratives, tout comme les sanctions individuelles ne sont pas forcément pénales, comme l'illustrent les exemples danois et maltais. Ainsi des sanctions administratives peuvent-elles être infligées aux personnes physiques ayant joué un rôle dans la réalisation de l'infraction, indépendamment de l'entreprise par ailleurs poursuivie; quand des infractions pénales générales, qui ne sont pas spécifiques au droit de la concurrence peuvent, elles, frapper certaines pratiques anticoncurrentielles : c'est le cas du délit de soumissions concertées aux marchés publics, rattaché à celui de favoritisme en droit allemand, autrichien, polonais ou hongrois, voire de manipulation dans les ventes aux enchères en Espagne ; de fraude au Portugal, au Royaume-Uni et en République tchèque, ou encore de lutte contre la mafia en Italie<sup>196</sup>.

Pour moult raisons, le législateur ou le juge peut choisir d'interpréter libéralement une infraction pénale préexistante et non-spécifique au droit de la concurrence, pour l'appliquer à des pratiques anticoncurrentielles : peur d'éveiller l'hostilité des acteurs du marché, doutes quant à l'immoralité de ces pratiques, sous-estimation du préjudice causé par les ententes secrètes, désaccord quant à la définition de l'infraction... Pourtant, Florian Wagner-von Papp juge cette démarche inadéquate et non-conforme au principe de légalité des délits et des peines, en ce que les violations du droit de la concurrence, malgré leur imprécision intrinsèque, ont leurs propres spécificités et sont inassimilables à d'autres délits comme la fraude<sup>197</sup>.

L'affaire *Norris* en est un exemple éloquent. En 2002, l'entreprise Morgan Crucible était condamnée par les autorités étasuniennes pour avoir mis en place une entente mondiale sur les prix de produits à base de graphite, entre 1989 et 2000. En 2003, M. Ian Norris, ressortissant britannique alors président-directeur général de la société condamnée, fait l'objet d'une demande d'extradition aux États-Unis pour y être jugé et potentiellement incarcéré. Pour qu'une extradition ait lieu, il convient que soit remplie la condition de double incrimination, à savoir que les faits reprochés soient pénalement répréhensibles par le droit de l'État requérant et celui de l'État requis. Or, pendant la période des faits, les ententes sur les prix ne constituaient pas une infraction pénale au Royaume-Uni, et ne sont reconnues comme telles que depuis l'*Enterprise Act* de 2002. Étrangement, les juges du fond britanniques ont accueilli favorablement l'argument du gouvernement étasunien selon lequel

---

<sup>196</sup> *Op cit*, no. 153, p. 17

<sup>197</sup> *Op cit*, no. 52, p. 22

l'existence d'une infraction pénale spécifique aux ententes sur les prix était superfétatoire et que les pratiques imputées à M. Ian Norris étaient assimilables, par leur caractère secret, à la « *conspiracy to defraud* », une infraction générale et ancienne en *Common law*. Mais la Chambre des Lords leur a donné tort, considérant leur analogie comme contraire au principe de sécurité juridique. *In fine*, après renvoi de l'affaire aux cours inférieures, l'extradition n'a pas pu être autorisée sur ce fondement, mais sur celui d'obstruction à l'enquête.

En somme, Peter Whelan considère qu'il est fortement risqué, en contentieux, de soutenir qu'une infraction pénale préexistante est susceptible de s'appliquer au délit d'entente secrète si le juge n'a jamais fait face à une telle situation et si de telles pratiques ont traditionnellement été réputées étrangères à la sphère criminelle, au risque de saper la solennité du droit pénal<sup>198</sup>. Interpréter arbitrairement une loi qui n'a pas été conceptualisée pour une infraction donnée, c'est ouvrir une boîte de Pandore qui rendra la répression pénale inadaptée au droit de la concurrence.

Maintenant qu'a été envisagée la répression pénale du droit de la concurrence sous ses angles théoriques et pratiques, il convient de l'aborder dans sa dimension pratique. Celle-ci pose de très nombreuses questions d'ordre institutionnel, mais aussi d'orientation et de choix politiques, avec, en toile de fond, le sempiternel objectif de garantir la mise en œuvre effective des règles de concurrence ( Deuxième Partie ).

---

<sup>198</sup> *Op cit*, no. 117, p. 194

## **Deuxième Partie — La pratique malaisée de la répression pénale du droit de la concurrence**

Malgré de nombreuses études de l'OCDE sur les sanctions individuelles, l'expérience vaste et documentée du *Department of Justice* en la matière, des écrits doctrinaux toujours plus fournis et une pénalisation en plein essor à travers le monde, la pratique de la répression pénale du droit de la concurrence reste, en dehors des États-Unis, terne et infructueuse. Légiférer est une chose, appliquer effectivement la loi en est une autre : il en va du plein achèvement des objectifs de la répression pénale du droit de la concurrence ainsi que de sa légitimité — à la manière de l'adage de la Cour E.D.H., « *la justice ne doit pas seulement être dite, elle doit également donner le sentiment qu'elle a été bien rendue* »<sup>199</sup>. Ainsi, la pratique de la répression pénale doit être vigoureuse, efficace et opportune, mais requiert, pour être adaptée au droit de la concurrence, une mise en balance d'intérêts multiples et souvent divergents ( Chapitre 1 ). En Europe, cette mise en œuvre effective est d'autant plus complexe qu'elle fait également appel à l'application d'un droit supranational *sui generis* et exigeant ; le droit de l'Union européenne, dont les incursions dans la sphère pénale sont aussi timides que réelles. Depuis le milieu des années 2000, un nombre croissant d'auteurs suggèrent que seule une politique européenne de répression pénale des pratiques anticoncurrentielles permettra sa mise en œuvre effective, mais leurs opposants sont légions. Dès lors, l'adéquation de la répression pénale au droit de la concurrence sera-t-elle médiatisée à l'intervention du droit de l'Union ? ( Chapitre 2 )

### **Chapitre 1 — La mise en œuvre effective de la répression pénale du droit de la concurrence : une recherche permanente d'équilibres entre intérêts divergents**

Pour Wouter Wils, l'efficacité et l'adaptation de la répression pénale aux pratiques anticoncurrentielles sont conditionnées, entre-autres, à l'existence d'un régulateur et d'un Parquet spécialisés, disposant de prérogatives d'enquêtes adéquates et de ressources suffisantes ; à la volonté des juges et des jurés à condamner les prévenus, laquelle suppose que les sphères publique, politique et judiciaire jugent certaines pratiques anticoncurrentielles si nocives qu'elles doivent être sanctionnées lourdement. Il s'agira, dès lors, d'étudier les stratégies verticales de mise en œuvre d'une répression pénale adaptée au droit de la concurrence, lesquelles concernent le corps institutionnel vis-à-vis de l'opinion publique et des entreprises ( Section 1 ), avant d'aborder les stratégies horizontales

---

<sup>199</sup> Cour E.D.H., 17 janv. 1970, *Delcourt c/ Belgique*, req. no. 2689/65, pt. 31

en la matière, lesquelles intéressent les relations entre juge répressif et régulateur, qu'ils soient issus d'une même juridiction ou étrangers ( Section 2 ).

### **Section I — Les stratégies verticales de mise en œuvre d'une répression pénale adaptée au droit de la concurrence**

Une répression pénale effective et adaptée au droit de la concurrence présuppose l'existence d'un soutien inné, ou construit, des parties prenantes pour ce projet ( A ), ainsi que son articulation, fastidieuse mais faisable, avec l'indispensable programme de clémence ( B ).

#### **A. La lente acquisition du soutien des parties prenantes**

Pour légitimer la répression pénale du droit de la concurrence et rendre sa mise en œuvre effective, devront être acquis, d'une part, le soutien populaire ( i ), et, d'autre part, le soutien du juge ( ii ).

##### *i. L'acquisition du soutien populaire*

Précédemment, il a été démontré que la concurrence n'est pas, pour l'écrasante majorité des pays, une cause politique chère au grand public. Elle peut être perçue comme un obstacle réglementaire par les entreprises, tandis que les consommateurs bénéficiant des bienfaits de l'économie de marché ne sont pas systématiquement conscients du rôle crucial que la concurrence y joue. Or, certains auteurs s'accordent à reconnaître que, sans le soutien préalable des parties prenantes, dont le législateur, les entreprises et l'opinion publique, la répression pénale du droit de la concurrence n'aboutira pas à l'effet désiré de changement des normes et des comportements<sup>200</sup>, même si d'autres regardent ce soutien préalable comme superflu<sup>201</sup>.

Il convient de distinguer deux situations. Celle d'une part, où l'acquisition du soutien ne requerra que peu d'efforts de la part des pouvoirs publics et résultera dès lors d'une approche ascendante (*bottom-up*), en ce que les pratiques anticoncurrentielles répugnent déjà l'opinion publique, légitimant ainsi leur répression pénale; et celle, d'autre part, où l'acquisition du soutien sera « construite » et résultera d'une approche descendante (*top-down*), où les pouvoirs publics, partisans d'une certaine ligne de politique de concurrence, s'évertueront à démontrer à des citoyens et à des

---

<sup>200</sup> *Op cit*, no. 71

<sup>201</sup> *Op cit*, no. 81, pp. 127-128



entreprises parfois circonspects, le plus pédagogiquement et intelligiblement possible, que la nocivité et l'immoralité de certaines pratiques anticoncurrentielles sont telles que leur pénalisation s'impose comme un moyen de lutte évident, dissuasif et efficace.

S'agissant de l'approche « ascendante », comme vu précédemment, le *Department of Justice* étasunien n'a pas eu à changer les mœurs pour que la répression pénale du droit de la concurrence soit acceptée et graduellement soutenue par l'opinion publique étasunienne. Toutefois, certains axes de persuasion peuvent être privilégiés, afin de maintenir ce terreau favorable à la pénalisation. Ainsi William Kovacic note-t-il qu'à partir des années 1990, le *DOJ* s'est concentré sur des affaires de soumissions concertées à des appels d'offres, dans les secteurs de la construction ou de la rénovation d'infrastructures importantes pour la vie des citoyens étasuniens<sup>202</sup>. Partant, la condamnation des auteurs de ces pratiques, assimilées par le *DOJ* à du vol de deniers publics affectant de façon abjecte et directe le consommateur, n'a fait que renforcer un soutien populaire déjà bien acquis. Il convient toutefois de rappeler que cette situation est spécifiquement étasunienne, et ne semble pas se retrouver ailleurs dans le monde. Mais dans un tout autre registre, ce processus se vérifie en France avec l'émoi et les controverses découlant des affaires du *Procès de Bobigny* et *Jacqueline Sauvage*, dont les conséquences législatives ont été<sup>203</sup>, ou pourront être<sup>204</sup> profondes.

S'agissant, maintenant, de l'approche « descendante », les enjeux et les efforts à fournir sont d'un tout autre ordre. À défaut, l'initiative législative correspondante pourrait rester dans les limbes parlementaires ou, si elle venait à être promulguée, pourrait rester lettre morte, voire être abrogée. Un soutien insuffisant à la répression pénale pourrait également se matérialiser par des ressources insuffisantes allouées aux autorités de concurrence. Comme vu précédemment, dans certaines sociétés, notamment européennes, l'acquisition du soutien populaire à la répression pénale des pratiques anticoncurrentielles n'est pas inné, bien que William Kovacic considère que les mentalités ne soient pas immuables<sup>205</sup>. Il est, toutefois, indispensable d'éviter une pénalisation « forcée », laquelle résulterait d'un vide juridique, et tenir, à la place, compte des normes sociales et juridiques de *chaque* pays, et non d'une région ou d'un mouvement supposément généralisé. Pour autant, dans certains cas très singuliers, cette pénalisation « forcée » sera vitale : ainsi l'introduction de sanctions pénales à Myanmar et aux Philippines n'a-t-elle pas été considérée comme surprenante, car « *si elles n'avaient été que civiles, la loi n'aurait pas été prise au sérieux* »<sup>206</sup>. Ici, la pénalisation « forcée »

---

<sup>202</sup> *Op cit*, no. 156, p. 38

<sup>203</sup> Ministère de la Justice, « Il y a 40 ans, le procès de Bobigny », 20 déc. 2012

<sup>204</sup> ÉQUY, L., « Valérie Boyer : 'Ce n'est pas un permis de tuer que je veux délivrer' », *Libération*, 22 déc. 2015

<sup>205</sup> *Op cit*, no. 156, p. 34

<sup>206</sup> PATEL, F., THAYIB, A., « Criminal sanctions for cartel behaviour challenge regulators, could result in under-enforcement », PaRR, 17 sept. 2015

suit l'attitude d'un gouvernement autocratique, lequel instrumentalise le droit à des fins politiques et strictement rétributives, indifféremment des valeurs chères à l'opinion publique.

Quoi qu'il en soit, les pouvoirs publics devront être prêts à aborder et à vulgariser des aspects controversés et complexes, à savoir, par exemple, la question de l'immoralité des ententes injustifiables et la délimitation du périmètre de l'infraction pénale. Il serait préférable que de nombreux débats parlementaires aient lieu ; que des campagnes de sensibilisation et des consultations publiques soient lancées, afin que les parties prenantes soient informées et puissent faire valoir leur avis, leurs craintes et leurs suggestions. Plus le processus sera transparent et intelligible, plus le recours à la répression pénale, qui n'est autre, comme vu précédemment, que le moyen le plus puissant dont une société dispose pour faire respecter ses lois, sera légitimé<sup>207</sup>. Il est donc impératif que l'opinion publique comprenne la gravité des effets anticoncurrentiels de certains comportements, aussi complexes soient-ils, et soit convaincue que la sanction pénale, qui elle-même est polymorphe, constitue un moyen de dissuasion et de rétribution particulièrement efficace<sup>208</sup>. À cet égard, les efforts de l'autorité canadienne de la concurrence sont particulièrement louables. Depuis la pénalisation des cartels en 2009, l'autorité invite régulièrement les entreprises à contribuer à l'adoption et à la révision des lignes directrices, notamment à propos d'aspects qui les concernent directement, tels que les droits de la défense. Au printemps 2013, son initiative portant sur les lanceurs d'alerte en matière de cartels avait fait l'objet d'une grande médiatisation, et, depuis 2014, une « journée anti-cartel » se tient, afin de sensibiliser le public et les entreprises aux risques que posent les ententes secrètes, et notamment les soumissions concertées et la fixation des prix<sup>209</sup>. *A contrario*, médiatiser une peine de prison ferme pour des faits de participation à une entente secrète n'aura des effets que limités. Ainsi les appels répétés de l'autorité sud-coréenne de la concurrence à l'augmentation des peines de prison imposables aux participants à une entente n'ont-ils trouvé que peu d'écho auprès du gouvernement, qui n'est pas convaincu de leur nécessité<sup>210</sup>.

Toutefois, l'histoire montre que l'acquisition d'un tel soutien n'est jamais linéaire : la ténacité et la crédibilité des pouvoirs publics seront mises à rude épreuve par des syndicats d'entreprise vent debout contre une telle perspective ; l'intérêt populaire et la médiatisation d'un sujet incontestablement moins vendeur que les crimes contre les personnes seront souvent difficiles à obtenir et l'équilibre entre des intérêts ou des idées parfois diamétralement opposés sera complexe à

---

<sup>207</sup> *Op cit*, no. 156, p. 39

<sup>208</sup> *Op cit*, no. 55, ch. 2

<sup>209</sup> LoPATRIELLO, G., « Cuffs and Compliance: A 5-year Retrospective of Criminal Anti-Cartel Competition Law Enforcement in Canada », *Competition Policy International*, 2014, p. 6

<sup>210</sup> « South Korea may increase maximum jail term for cartel conduct », PaRR, 16 avr. 2019

atteindre. La démarche maladroite de l'autorité australienne de la concurrence, qui s'est pourtant avérée fructueuse, l'illustre. Pour légitimer la pénalisation du droit de la concurrence, l'autorité embrassa alors une rhétorique désagréablement « populiste » selon Caron Beaton-Wells : opposition des *big business* supposément omnipotents, cupides et sans scrupules, aux petites et moyennes entreprises honnêtes, vulnérables et victimisées ; assimilation des ententes secrètes à du vol et à des maladies incurables ; instrumentalisation de la crise financière et des scandales sur la rémunération des dirigeants pour mettre en exergue leur malhonnêteté<sup>211</sup>. S'y sont ajoutés la diffusion de brochures de sensibilisation, la multiplication des interventions médiatiques de l'autorité, qui, en parallèle, a recentré ses enquêtes dans des secteurs affectant directement le consommateur, tels que le marché des climatiseurs et l'industrie du pétrole. Or, dans un pays historiquement peu hostile aux cartels, l'opinion publique et le gouvernement ont finalement été plus sensibles aux arguments des opposants à la pénalisation, qui soutenaient que les concertations étaient parfois nécessaires entre concurrents pour sauver des emplois, protéger la production nationale ou faire face à des pressions organisationnelles<sup>212</sup>... Avant de tourner casaque avec l'affaire *Visy*, décrite comme la plus grave entente sur les prix de l'histoire du pays, à laquelle avait participé son dirigeant, Richard Pratt, un riche philanthrope connu de tous les Australiens et à la réputation jusqu'alors irréprochable<sup>213</sup>.

Au-delà de la survenance de tels éléments déclencheurs, un autre axe de persuasion réaliste existe : celui des marchés publics. Chaque année, les gouvernements à travers le monde dépensent quelques 9,5 trillions de dollars US dans l'achat de biens et de services relatifs aux transports, aux télécommunications, à l'énergie, à l'éducation, aux hôpitaux et à la santé, lesquels sont vitaux pour la croissance, le développement et le bien-être social d'une société, mais également vulnérables et intrinsèquement propices à la corruption et aux ententes entre soumissionnaires. Ces produits et services affectent directement le consommateur final, et les — trop nombreuses — distorsions de concurrence en la matière augmentent sensiblement leur prix, altèrent leur qualité, inspirent la défiance des citoyens envers les gouvernements et gaspillent les fonds publics<sup>214</sup>. De tels comportements sont si abjects qu'une campagne favorable à la répression pénale du droit de la concurrence devrait indubitablement en faire son cheval de bataille. D'ailleurs, en Allemagne et en Italie, seules constituent une infraction pénale au droit de la concurrence les soumissions concertées à un appel d'offres.

---

<sup>211</sup> *Op cit*, no. 50

<sup>212</sup> *Ibid*

<sup>213</sup> Cour fédérale d'Australie, 2 nov. 2007, *ACCC v Visy Industries Holdings Pty Ltd (No 3)*, FCA 1617, 244 ALR 673

<sup>214</sup> JONES, A., KOVACIC, W., « Fighting supplier collusion in public procurement: some proposals for strengthening competition law enforcement », *Competition Policy International*, 2019, pp. 1-2 et 7

ii. *L'acquisition du soutien judiciaire*

Si le ralliement de l'opinion publique semble nécessaire à la légitimation de la pénalisation du droit de la concurrence, celui des magistrats, et, pour certains pays, des jurés, l'est tout autant. En effet, Kovacic considère que le juge pénal peut percevoir les sanctions prescrites par la loi comme disproportionnées au préjudice causé. Il peut décider, en conséquence, d'interpréter strictement l'infraction pénale et de durcir la charge de la preuve, afin de réduire les cas de constatations d'une infraction et de confiner l'engagement de la responsabilité du prévenu aux hypothèses les plus graves. Or, si le juge ne soutient pas la pénalisation du droit qu'il fait respecter, la tâche du procureur s'en trouvera dès lors complexifiée, et l'infraction pénale pourrait rester lettre morte, voire être abrogée, résultant en une sous-application des règles de concurrence<sup>215</sup>. Comme l'écrivait le philosophe Jean Bodin, « *le magistrat est la loi vivante (...) la loi en soi ne porte que les commandements ou défenses qui seraient illusoire si la peine et le magistrat ne leur donnaient une sanction* »<sup>216</sup>. Dès lors, persuader les magistrats de la nocivité des cartels et de la nécessité d'en condamner les participants s'avère vital.

Ce processus sera inéluctablement lent et ardu pour de nombreuses juridictions, car, pour les raisons évoquées précédemment, la délinquance économique n'est souvent pas porteuse de la même gravité morale que celle associée au meurtre ou au viol, en ce qu'il s'agit ici d'un « *crime sans victime* »<sup>217</sup>. Ainsi, au Royaume-Uni, dans l'affaire des *Tuyaux Marins*, le juge d'appel relevait le « *bon caractère* » des accusés<sup>218</sup>. En Irlande, le juge répressif n'a souvent prononcé que des peines de prison avec sursis, jugeant ces délits d'entreprise inassimilables à des crimes ordinaires menaçant l'intégrité physique des individus<sup>219</sup>. En France, Emmanuelle Claudel déplore que « [les sanctions pénales] furent souvent symboliques, les juges répugnant manifestement à prononcer des peines de prison à l'encontre des personnes incriminées. Indulgence, souvent dénoncée dans d'autres cadres, à l'égard des infractions économiques, prise en compte du fait que le bénéficiaire des pratiques illicites sont les sociétés et non les personnes physiques, timidité des juges face à des infractions qu'ils maîtrisent mal ? Les intéressés avaient quoiqu'il en soit peu de motifs de s'alarmer. »<sup>220</sup>.

---

<sup>215</sup> *Op cit*, no. 156, pp. 34-36

<sup>216</sup> BODIN, J., *Les Six Livres de la République*, éd., Paris, 1583, ch. V

<sup>217</sup> *Op cit*, no. 156, p. 33

<sup>218</sup> Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles, division crim., 14 nov. 2008, *R c/ Whittle e.a.*, EWCA Crim 2560

<sup>219</sup> MASSEY, P., COOKE, J., « Competition Offences in Ireland: The Regime and its Results » in : BEATON-WELLS, C., EZARCHI, *Criminalising Cartels: Critical Studies of an International Regulatory Movement*, Oxford, Hart Publishing, 2011, ch. 5

<sup>220</sup> CLAUDEL, E., « Sanctions pénales des pratiques anticoncurrentielles: le printemps de l'article L. 420-6 du code de commerce », *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 2003, p. 80

Pourtant, aussi singulière soit-elle, l'expérience étasunienne livre quelques indications quant à la manière d'acquiescer cet indispensable soutien judiciaire. Des années 1950 à aujourd'hui, le durcissement progressif des peines privatives de liberté et des amendes pénales, l'intensification des poursuites et la mise en œuvre fructueuse de la répression pénale par le *Department of Justice* se sont soldés par la pleine coopération des magistrats. Ainsi, en 1974, les dispositions du *Sherman Act* ont été élevées du rang de contravention (*misdemeanour*) à celui de crime/délit (*felony*), lequel permet l'incarcération de l'individu incriminé. Par ses nombreux discours et lignes directrices, telles que les *Federal Sentencing Guidelines 1987* adressées aux entreprises et au juge, le *DOJ* a clarifié ses intentions et excipé de la nécessité pour les condamnés de servir de longues et fermes peines de prison. Ont également été prévues des mesures spécifiques aux jurys, telles que la fourniture de tableaux, de graphiques ou de résumés, pour qu'ils puissent comprendre la gravité des pratiques en question et l'importance des preuves qui leur sont présentées<sup>221</sup>. Néanmoins, face à des accusés pleins de remords, souvent philanthropes et inoffensifs, l'internalisation par le juge des arguments ainsi dégagés par le *DOJ* a été fastidieuse<sup>222</sup>, jusqu'à ce que soient diligentées, dans les années 1990, de nombreuses enquêtes visant de graves pratiques imputables à des dirigeants étrangers et que l'attitude du juge ne change<sup>223</sup>. Cette démarche progressive a débouché, en 2004, sur le *Antitrust Criminal Penalty Enforcement and Reform Act*, lequel plafonne les peines privatives de liberté à 10 ans et les amendes individuelles à 1 million de dollars US. Ainsi, en 2013, une juridiction portoricaine de première instance a infligé la plus longue peine d'emprisonnement jamais imposée (5 ans), du fait du refus de collaboration du dirigeant dans le cadre d'une affaire d'entente secrète<sup>224</sup>.

Mais au-delà de l'indispensable dialogue entre le régulateur et la société civile, un certain nombre d'aménagements spécifiques aux entreprises devront être entrepris ( B ).

## **B. La recherche d'une articulation vertueuse entre programmes de clémence et immunité pénale**

Aujourd'hui, en matière de répression pénale du droit de la concurrence, les débats se cristallisent autour de son articulation avec les programmes de clémence, qui est souvent perçue comme périlleuse ( i ). Toutefois, leur complémentarité peut être achevée, et ce, dans l'intérêt de l'entière politique de concurrence ( ii ).

---

<sup>221</sup> *Op cit*, no. 117, pp. 265 et 274

<sup>222</sup> *Op cit*, no. 156, p. 37-38

<sup>223</sup> KLAWITER, D. C., « Antitrust Criminal Sanctions: The Evolution of Executive Punishment », *Competition Policy International*, vol. 8, no. 1, 2012

<sup>224</sup> RODA, J.-C., « Cartel : Le Tribunal Fédéral de Porto Rico impose a plus longue peine d'emprisonnement jamais infligée dans une affaire antitrust (Frank Peake) », *Concurrences*, no. 1, 2013, p. 236

*i. Les tensions entre la répression pénale du droit de la concurrence et la clémence*

La procédure de clémence est une procédure négociée permettant à une entreprise ayant participé à une entente secrète et qui la dénonce auprès d'une autorité de concurrence d'obtenir, en fonction de la qualité ou de l'intérêt des informations apportées, une immunité ou une réduction d'amende. Depuis l'adoption par la Commission d'une première communication en 1996, 2/3 des cartels découverts auraient été révélés par une entreprise dénonciatrice<sup>225</sup>, faisant de la clémence un élément incontournable d'un régime moderne de concurrence.

Toutefois, la pénalisation croissante des pratiques anticoncurrentielles fait peser le risque de voir l'effectivité des programmes de clémence sapée. En effet, le droit positif de nombreuses juridictions européennes réprimant pénalement certaines pratiques anticoncurrentielles n'ouvre la procédure de clémence qu'aux entreprises, et non aux personnes physiques, ce qui constitue un réel problème pour les entreprises (v. graphique ci-dessous). Selon William Kovacic, un demandeur de clémence sera rebuté à l'idée de dénoncer une entente secrète à une autorité gouvernementale si une autre peut le poursuivre pénalement, ce qui est envisageable dans des régimes hybrides, à savoir pénaux et administratifs, ou si l'entente s'étend à plusieurs juridictions disposant de régimes différents<sup>226</sup>. Par exemple, une décision administrative constatant l'existence d'un cartel, résultant souvent d'une procédure de clémence, pourrait conduire les autorités pénales d'un État membre à enquêter sur le marché en question et poursuivre les individus concernés. *In fine*, la doctrine craint que ce hiatus dissuade les agents de l'entreprise à coopérer dans le cadre de la demande de clémence déposée par leur entreprise, alors qu'ils sont, potentiellement en tant qu'instigateurs ou participants à l'infraction, des interlocuteurs de choix pour les autorités. Ainsi l'autorité italienne de la concurrence a-t-elle constaté une nette baisse des demandes de clémence en matière de soumissions concertées à des appels d'offres, qui constitue la seule infraction pénale au droit italien de la concurrence<sup>227</sup>. D'autres pays, tels que l'Allemagne, la Suède, la Finlande<sup>228</sup>, et l'Afrique du Sud<sup>229</sup>, ont préféré abandonner l'idée de réprimer pénalement les pratiques anticoncurrentielles plutôt que de risquer de remettre en cause l'efficacité de leur programme de clémence.

---

<sup>225</sup> *Op cit*, no. 107, p. 345

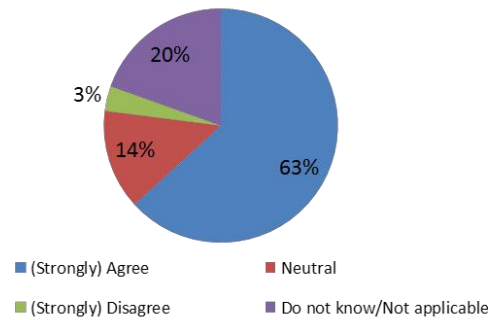
<sup>226</sup> *Op cit*, no. 156, p. 36

<sup>227</sup> « Italy faced with flagging leniency applications for bid-rigging, looks to economic data for detection », PaRR, 25 juill. 2017

<sup>228</sup> DE KLEIN, L., « Norway aims to reactivate criminal cartel sanctions – director general », PaRR, 31 août 2018

<sup>229</sup> PATEL, F., « South Africa unlikely to mount first criminal cartel case in near term – tribunal chair », PaRR, 6 avr. 2017

**Is it a problem that only a few Member States protect employees of companies applying for leniency from individual sanctions?<sup>230</sup>**



En France, la situation est assez singulière. L'article L. 420-6 c. com. est taiseux sur l'éventualité d'une poursuite pénale diligentée contre des dirigeants, salariés ou agents d'une entreprise bénéficiant d'une immunité ou d'une réduction d'amende au titre du programme national de clémence. Pourtant, en 2008, le rapport Coulon avait suggéré, pour protéger les personnes physiques, une intervention de l'autorité judiciaire sous forme d'« homologation » de la clémence octroyée par le Conseil de la concurrence<sup>231</sup>, mais cette mesure est restée lettre morte. Dans un arrêt isolé, inquiétant mais qui n'est possiblement plus d'actualité, la Cour de cassation avait même considéré que la clémence ne pouvait « exonérer les entreprises dénonciatrices de leur responsabilité pénale ou de leur responsabilité civile à l'égard des victimes des pratiques anticoncurrentielles en cause »<sup>232</sup>. Depuis, une seule et maigre assurance a été fournie par l'Autorité de la concurrence : dans son communiqué de procédure du 3 avril 2015, elle considère que « la clémence est au nombre des motifs légitimes qui justifient la non transmission au parquet d'un dossier dans lequel les personnes physiques, appartenant à l'entreprise qui a bénéficié d'une exonération de sanctions pécuniaires, seraient susceptibles de faire aussi l'objet de telles poursuites »<sup>233</sup>. « Légitime » ne signifie pour autant pas, qu'en pratique, l'Autorité s'abstiendrait systématiquement de transmettre au parquet un tel dossier, aussi rare cette démarche soit-elle. Aussi le Parquet pourrait-il engager des poursuites *proprio motu* contre des personnes physiques dont il apprendrait la participation à une entente injustifiable. La DGCCRF, elle, n'a pris aucun engagement similaire, et la récente charte de coopération adoptée conjointement avec l'Autorité n'aborde, sans surprise, pas le sujet<sup>234</sup>. Des victimes pourraient également se constituer parties civiles devant le juge d'instruction et mettre en mouvement l'action publique. En outre, dans le cadre d'actions privées, la Directive 2014/104/UE n'exclut nullement la possibilité pour le juge

<sup>230</sup> Comm. UE, impact assessment accompanying the document « Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market », part II, 22 mar. 2017, SWD(2017) 114, p. 25

<sup>231</sup> *Op cit.*, no. 49, p. 216

<sup>232</sup> Cass. crim., 16 juin 2004, no. 03-83.593

<sup>233</sup> Aut. conc., Communiqué de procédure relatif au programme de clémence français, 3 avr. 2015, pt. 55

<sup>234</sup> GRADT, J.-M., « La DGCCRF et l'Autorité de la concurrence vont coopérer davantage », *Les Échos*, 24 juill. 2019

national statuant sur une action pénale, et non sur une action en dommages et intérêts, d'enjoindre la production de preuves relevant de déclarations effectuées dans le cadre d'une procédure de clémence<sup>235</sup>. À cet égard, le droit français « sanctuarise » les déclarations effectuées dans le cadre de la procédure de clémence en empêchant leur production aussi bien pour les besoins d'une action en dommages et intérêts que pour ceux d'une action publique<sup>236</sup>. Sibyllin, l'article 23, paragraphe 5, de la directive ECN+, en cours de transposition dans les droits des États membres, précise que l'immunité pénale dont pourront jouir les personnes physiques ayant participé à une entente secrète ne porte pas atteinte au droit dont disposent les victimes ayant subi un préjudice causé par une infraction au droit de la concurrence d'en demander réparation intégrale.

Au vu de la place de la répression pénale du droit de la concurrence en France, ces scénarii sont purement hypothétiques. Mais les craintes perdurent : Robert Saint-Esteben s'inquiète de l'usage récent et inattendu par l'Autorité, de l'article 40 du code de procédure pénale, permettant la saisine du Parquet par le rapporteur-général, et de ses conséquences sur le sort pénal des personnes physiques dans le cadre de la procédure de clémence<sup>237</sup>.

ii. *Vers une immunité pénale complémentaire de la clémence ?*

Par souci de maintien de l'attractivité et de l'efficacité de cette procédure négociée, il serait souhaitable que la demande de clémence ayant permis la détection ou la constatation d'une infraction grave au droit de la concurrence permette de protéger pénalement les demandeurs personnes physiques à titre personnel. Étant donné que les sanctions les plus sévères imposables aux personnes physiques demeurent, en droit, les sanctions pénales, la répression pénale pourrait favoriser l'efficacité des politiques de clémence et accroître l'effet dissuasif du droit de la concurrence : les personnes physiques seraient davantage incitées à dénoncer l'entente auprès de l'autorité compétente si elles savent qu'elles jouiraient, par la suite, d'une immunité pénale. Comme le résume Cheikh Galokho, en rendant « *le bâton plus menaçant* », « *la carotte* » devient nécessairement plus « *attrayante* »<sup>238</sup>.

---

<sup>235</sup> Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, OJ L 349, considérant 26 et article 6, paragraphe 6.

<sup>236</sup> Article L. 462-3 du code de commerce.

<sup>237</sup> SAINT-ESTEBEN, R., "Une repénalisation du droit de la concurrence en France ? À propos de l'utilisation de l'article 40 du code de procédure pénale par les services d'instruction de l'Autorité », *Concurrences*, no. 2, 2019, p. 62

<sup>238</sup> *Op cit*, no. 34, p. 185



Certaines juridictions disposent déjà d'un tel programme. Les États-Unis, pionniers en matière de clémence, prévoient un *Corporate Leniency Program* applicable aux entreprises et un *Individual Leniency Program* bénéficiant aux individus. L'immunité de poursuites pénales et d'amende est automatiquement accordée par le *Department of Justice* à l'individu, sous certaines conditions de coopération, si sa demande précède l'ouverture de l'enquête, mais le sera discrétionnairement si celle-ci a déjà débuté. L'entreprise et son personnel seront également protégés contre le redouté triple dédommagement dans le cadre du contentieux indemnitaire privé<sup>239</sup>. Ces évolutions ont conduit à multiplier par plus de vingt le nombre de demandes de clémence présentées chaque année devant le *DOJ*<sup>240</sup>. Mais si ce programme est considéré comme un énorme succès, il reste, en matière de contentieux, un sempiternel problème pour le *DOJ* : bien que les procès pénaux soient rares, des jurés ont déjà pu percevoir le témoin protégé comme bien plus coupable que le prévenu, et ainsi refuser de convaincre ce dernier<sup>241</sup>. S'il est vrai que l'idée d'une « *prime à la délation* »<sup>242</sup> peut paraître fondamentalement déplacée en ce qu'elle exonère des criminels, elle est amplement justifiée par la nécessité que soient démasquées les ententes injustifiables. Là encore, une sensibilisation des jurés à la nocivité des ententes injustifiables et à l'importance du programme de clémence pour leur détection est requise.

En Europe, la pratique se développe lentement, et est vouée à se généraliser une fois la Directive ECN+ transposée dans les législations étatiques. Au Royaume-Uni, la procédure de *no-action letter* de l'*Enterprise Act 2002* s'articule déjà avec la clémence accordée à l'entreprise pour les violations du *Competition Act 1998*. En France, où aucun mécanisme d'immunité pénale n'existe, la loi pourrait prévoir, sous l'impulsion de la Directive ECN+, que l'octroi par l'Autorité d'une immunité, au titre du programme de clémence, et bénéficiant à tous les agents anciens et actuels de la première entreprise dénonciatrice, lie le juge pénal en lui interdisant de prononcer la moindre peine à leur rencontre. En l'absence d'immunité totale, la clémence individuelle bénéficierait à la première personne physique prenant contact avec l'Autorité. Mais Christophe Lemaire subodore déjà d'importantes questions constitutionnelles, car le fait qu'une autorité administrative indépendante puisse lier, par un simple avis conditionnel, le juge pénal, est difficilement envisageable<sup>243</sup>. Alternativement, certains États prévoient des récompenses individuelles (« *reporting fee* ») : les

---

<sup>239</sup> HENRY, R. E., « Criminal Antitrust Enforcement in the U. S. », *Practical Law Antitrust*, 2019

<sup>240</sup> OCDE, *Fighting Hard Core cartels : Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*, 2002, p. 12

<sup>241</sup> LYNCH, N. E., « Immunity in Criminal Cartel Investigation: A US Perspective », *Latham and Watkins*, 2011

<sup>242</sup> *Op cit*, no. 2, p. 4

<sup>243</sup> *Op cit*, no. 135, p. 34

dénonciateurs en Hongrie et Slovaquie peuvent recevoir 1% de l'amende imposée, un montant plafonné à 100 000 livres au Royaume-Uni selon valeur de l'information fournie<sup>244</sup>.

## **Section 2 — Les stratégies horizontales de mise en œuvre d'une répression pénale adaptée au droit de la concurrence**

Une répression pénale effective et adaptée au droit de la concurrence pose également des questions d'ordre institutionnel. Doivent être successivement réglées la question, à l'échelle nationale, de la répartition des rôles entre l'autorité de concurrence et le juge répressif, d'une part ( A ), et celle, à l'échelle internationale de la coopération entre autorités nationales de concurrence, d'autre part ( B ).

### **A. À l'échelle nationale : la répartition des rôles de l'autorité de concurrence et du juge répressif**

Malgré son importance pratique avérée ( i ), la coopération entre l'autorité de concurrence et le juge pénal semble être une route naturellement tortueuse et semée d'embûches ( ii ).

#### *i. La recherche d'une « interdépendance institutionnelle » constructive adaptée à la répression pénale*

Pour Wils, la répression pénale effective et adaptée au droit de la concurrence requiert certains ajustements institutionnels à l'échelle nationale. Il préconise l'établissement d'un régulateur et d'un Parquet suffisamment spécialisés et disposant de ressources humaines et financières suffisantes pour mener à bien la répression pénale des violations du droit de la concurrence<sup>245</sup>. Kovacic estime que bâtir cette « *interdépendance institutionnelle* » requiert patience, minutie et rigueur, tant la répression pénale emporte de larges conséquences pratiques pour l'autorité nationale de concurrence et le juge répressif<sup>246</sup>.

Cette interdépendance institutionnelle est patente aux États-Unis. L'autorité de la concurrence y est constituée de deux autorités administratives, le *Department of Justice* et la *Federal Trade Commission*, présentes dans la capitale Washington et disposant de bureaux secondaires dans le pays. Si les affaires civiles de concurrence sont traitées par ces deux entités, le *DOJ* jouit d'une compétence exclusive en matière de répression pénale. Il enquête, parfois aux côtés d'agents du *FBI*, poursuit et

---

<sup>244</sup> YSEWYN, J., BOUDET, J., « Leniency and competition law : An overview of EU and national case law », *Concurrences*, 2018

<sup>245</sup> *Op cit*, no. 14, p. 39-40

<sup>246</sup> *Op cit*, no. 156, p. 34

décide des peines et des amendes infligées selon des lignes directrices (*sentencing guidelines*), les négocie avec les entreprises concernées (*plea agreement*), permettant ainsi d'éviter un long et coûteux procès. Il doit cependant faire valider tant les amendes que la négociation de peine par le juge. En 2018, son budget s'élevait à 164,7 millions de dollars US, soit le double de celui de la Direction-générale de la concurrence de la Commission. Celui de l'Autorité de la concurrence atteignait 17 millions d'euros en 2016.

Au sein de l'Union européenne, deux couches se superposent : en premier lieu, à l'échelle supranationale, la Commission, autorité administrative unique, enquête, poursuit et sanctionne les violations du droit de la concurrence de l'Union, tout en restant en relation avec les vingt-huit autorités nationales de concurrence des États membres au sein du REC. À l'échelle des États membres, le droit de la concurrence s'est administrativisé, réduisant la répression pénale, lorsqu'elle existe encore, à portion congrue. Cette dernière repose, dans des pays tels que l'Irlande et la France, sur une coopération bien souvent complexe entre l'autorité nationale de concurrence et le juge répressif, voire plusieurs tribunaux. Wils attribue même l'inefficacité de la répression pénale à cette dualité d'acteurs, en ce que le Parquet, souvent peu versé en droit de la concurrence, et l'autorité nationale de concurrence, peu habituée à la pratique du droit pénal, échangent peu et priorisent chacun d'autres dossiers plus importants et qu'ils maîtrisent mieux<sup>247</sup>.

En France, la dépénalisation partielle des pratiques anticoncurrentielles s'est opérée au profit de l'Autorité, une entité indépendante investie d'une mission de régulation économique et réputée plus souple, réactive et en phase avec la vie des affaires. Mais ce changement s'est fait au mépris d'un aménagement rigoureux de ses rapports avec le juge répressif, faisant la part belle aux avis doctrinaux, mais générant surtout, en pratique, des incertitudes. Étant donné que l'Autorité ne peut enquêter, poursuivre et sanctionner une personne physique sur le fondement de l'article L. 420-6 c. com., sa coopération avec le juge pénal se manifeste essentiellement par la communication des pièces du dossier. D'une part, à la demande de l'Autorité et pour les besoins de son enquête, le juge pénal peut lui communiquer des procès-verbaux, des rapports d'enquêtes ou d'autres pièces de l'instruction pénale<sup>248</sup>. Réciproquement, l'Autorité peut transmettre un dossier au Procureur de la République<sup>249</sup>, après le prononcé de sanctions, ou avant, si l'enquête révèle avec une suffisante précision qu'une infraction a été commise par une personne physique<sup>250</sup>. D'autre part, le Procureur de la République,

---

<sup>247</sup> *Op cit*, no. 14, p. 40

<sup>248</sup> Article L. 463-5 du code de commerce et Cons. conc., déc. no. 05-D-69, 15 déc. 2005.

<sup>249</sup> Article L. 462-3 du code de commerce.

<sup>250</sup> Article 40 du code de procédure pénale

l'officier de police judiciaire ou le juge d'instruction, peut requérir la remise de toute information intéressant l'enquête ou l'instruction<sup>251</sup>, ou consulter l'Autorité pour avis<sup>252</sup>, sans qu'il soit, en vertu de l'autonomie du droit pénal, lié par ce dernier. L'action *proprio motu* du Ministère Public est rarissime, en ce que la répression pénale des pratiques anticoncurrentielles ne fait aucunement partie de leurs priorités. Au surplus, si la poursuite pénale et la mise en mouvement de l'action publique est indépendante de la procédure administrative devant l'Autorité<sup>253</sup>, leur interdépendance institutionnelle se manifeste en matière de prescription de l'action<sup>254</sup>, et, résiduellement, en matière d'autorité de la chose jugée, comme l'avait souligné l'affaire des *Lycées d'Île-de-France*<sup>255</sup>. Dans cette dernière affaire, la Cour d'appel de Paris avait infligé des peines d'emprisonnement avec sursis à certains dirigeants des entreprises membres de l'entente relative à la répartition de certains marchés lors d'appels d'offres<sup>256</sup>, poussant le Conseil de la concurrence à se saisir de cette affaire et lui permettant d'utiliser des pièces pénales, de valeur probatoire égale aux siennes, au soutien de sa décision<sup>257</sup>.

L'intérêt de ces quelques mécanismes est discutable, en ce que leur coopération demeure « *extrêmement limitée, pour ne pas dire quasi-inexistante* »<sup>258</sup>. Dans cinq affaires seulement des peines de prison fermes ont-elles été prononcées, d'un maximum d'un an<sup>259</sup>. Comme vu précédemment, en France, il va même — dans l'attente de la transposition de la Directive ECN+ — de l'intérêt des personnes physiques que le juge pénal n'ait pas connaissance d'une demande de clémence déposée auprès de l'Autorité. Cette situation est très insatisfaisante. Pour autant, l'apport pour l'Autorité peut être considérable, en ce que les pouvoirs des enquêteurs dans le cadre d'une enquête pénale excèdent largement ceux des services de l'Autorité, lui faisant bénéficier de pièces auxquelles elle n'aurait pas eu accès si le juge répressif n'était pas intervenu<sup>260</sup>.

---

<sup>251</sup> Articles 60-1 et 99-3 du code de procédure pénale.

<sup>252</sup> Article L. 462-3 du code de commerce.

<sup>253</sup> *Op cit*, no. 180

<sup>254</sup> Article L. 420-6, alinéa 3, du code de commerce.

<sup>255</sup> CLAUDEL, E., « Marchés publics : Le Conseil sanctionne à son tour l'entente dans les marchés publics relatifs aux (Lycées d'Île-de-France) », *Concurrences*, no. 3, 2007, pp. 84-86

<sup>256</sup> CA Paris, 27 févr. 2007, n° 06/00406

<sup>257</sup> Cons. conc., déc. no. 07-D-15, 9 mai 2007

<sup>258</sup> *Op cit*, no. 135, p. 35

<sup>259</sup> Cass. crim., 9 nov. 1995, *E. B. e.a.*, n°94-84.204 ; T. corr. Grenoble, *J. C. e.a.*, 13 nov. 1997, no. 94220094 et Cass. crim., 16 mai 2001, n°99-83.467 et 97-80.888 ; T. corr., 30 juin 1999, *P. C. e.a.* ; Cass. crim., 20 févr. 2008, « *Lycées d'Île de France* », n°02-82.676

<sup>260</sup> *Op cit*, no. 135, p. 26

ii. *Les défauts inhérents à la répartition des rôles entre les autorités de concurrence et le juge répressif*

Quels que soient les rapports institutionnels unissant le juge répressif et l'autorité nationale de concurrence et indifféremment de leur degré de spécialisation ou de l'expérience acquise en matière de répression pénale des pratiques anticoncurrentielles, il semble que la coopération entre ces deux acteurs institutionnels soit fondamentalement viciée, et que la recherche d'alternatives plus efficaces soit quasi-impossible.

Tout d'abord, comme c'est le cas en France et en Allemagne, le contentieux pénal du droit de la concurrence est très souvent *décentralisé* et confié à des juridictions régionales ou locales insuffisamment spécialisées et dont les ressources sont inadéquates. Selon Florian Wagner-von Papp, cette configuration nuit gravement à l'efficacité de la répression pénale. En effet, le manque de publicité qui en résulte décrédibilise l'action pénale et véhicule l'impression d'une disposition restée lettre morte. Pourtant, s'il entend maintenir une voie pénale en la matière, le législateur aurait tout intérêt à favoriser le dialogue entre le juge pénal et l'autorité nationale de concurrence, afin de définir les contours et la mise en œuvre d'une politique pénale efficace et dissuasive, ainsi que de systématiser leur coopération au moyen, par exemple, de mécanismes d'information des procédures instruites devant l'une ou l'autre des autorités. Malheureusement, jamais la Chancellerie française n'a adopté la moindre orientation pour guider la pratique du Parquet, et l'Autorité semble s'être totalement désintéressée de l'article L. 420-6 c. com. Pourtant, en France, le rapport Coulon réclamait la *centralisation* dudit contentieux entre les mains des juridictions inter-régionales spécialisées<sup>261</sup>, tandis qu'outre Rhin, est réclamé depuis des décennies la création d'un procureur spécialisé dans la criminalité économique grave, afin de pallier le manque d'expérience et de connaissances du corps judiciaire en matière de contentieux pénal de la concurrence<sup>262</sup>. Toutefois, celui-ci est si rare qu'une telle spécialisation semblerait inutile et contreproductive.

Au demeurant, même les autorités nationales censées avoir acquis une certaine expérience en matière de répression pénale du droit de la concurrence font face à d'importants obstacles structurels. En février 2019, l'autorité britannique de la concurrence annonçait vouloir déléguer définitivement l'intégralité des poursuites pénales des cartels au *Serious Fraud Office*, du fait de leur rare survenance, de leur complexité et des coûts qui y sont associés<sup>263</sup> : depuis 2002, seul trois individus ont été

---

<sup>261</sup> *Op cit*, no. 204 et *Op cit*, no. 49, p. 106

<sup>262</sup> *Op cit*, no. 52, pp. 19-20

<sup>263</sup> Lettre d'Andrew Tyrie à Greg Clark, secrétaire d'Etat pour le commerce, l'énergie et la stratégie industrielle, 21 févr. 2019, p. 25

condamnés pénalement, dans une seule et même affaire, contre les six à dix condamnations annuelles que l'autorité prévoyait initialement<sup>264</sup>. De l'autre côté de l'Atlantique, le *Department of Justice* est aux prises avec un contentieux indemnitaire privé en hausse ces derniers mois, et voit l'engagement d'actions privées dès que le plaignant a connaissance de l'existence d'une enquête pénale en cours. Une telle démarche implique que soient divulguées des informations collectées dans le cadre d'enquêtes pénales et pourrait gravement dissuader les demandeurs individuels de clémence<sup>265</sup>.

Par ailleurs, il semble que cette coopération soit propice aux déviations de procédure, en ce que l'autorité nationale de concurrence pourrait être tentée d'instrumentaliser l'action pénale pour s'arroger des prérogatives d'enquêtes particulièrement étendues dont elle ne dispose pas dans son office administratif classique. Ainsi, en France, l'Autorité amorcerait actuellement une « *repénalisation* » du droit de la concurrence, « *à contre-courant du droit positif* » selon Robert Saint-Esteben<sup>266</sup>. Il déplore la multiplication des saisines du Parquet par les services d'instruction de l'Autorité en vertu de l'article 40 du code de procédure pénale, lequel permet la communication au Parquet d'éléments de faits susceptibles de constituer le délit prévu à l'article L. 420-6. Or, cet article semble être utilisé en vue, d'une part, d'accroître l'efficacité de son activité *administrative* — et non pénale — dès le stade de l'enquête et non par le Collège après instruction de l'affaire et, d'autre part, de bénéficier des moyens d'investigation plus étendus de la procédure pénale. Ces moyens permettent aux rapporteurs de l'Autorité d'agir sur commission rogatoire des juges d'instruction afin réaliser des perquisitions au cours desquelles l'entreprise visée ne bénéficie pas de l'assistance d'un avocat, ne se voit pas remettre un procès-verbal et ne dispose pas de la possibilité d'un recours immédiat. Stanislas Martin, rapporteur-général de l'Autorité, soulignait pourtant les avantages que procure l'enquête pénale en termes d'efficacité : mutualisation des ressources humaines et des compétences des officiers de police judiciaire et des rapporteurs de l'Autorité, recours aux interceptions téléphoniques, vidéo-surveillance et garde à vue<sup>267</sup>... Mais Saint-Esteben y voit une possible « *déviations de procédure* », peu scrupuleuse des droits de la défense, puisque sont ici visés des délits, et donc des pratiques anticoncurrentielles particulièrement graves. Or, il considère que les services d'instruction de l'Autorité ne peuvent disposer d'une vue très poussée des faits, et pourraient prendre prématurément une décision qui échoit habituellement à la délibération collégiale de l'Autorité. De fait, les affaires

---

<sup>264</sup> HAMMOND, A., PENROSE, R., *The proposed Criminalisation of cartels in the UK. A report prepared for the Office of Fair Trading* (November 2001), 2002

<sup>265</sup> VASANT, K., « *DoJ official flags tension between civil litigation, criminal probes in cartel cases* », PaRR, 15 mar. 2019

<sup>266</sup> *Op cit*, no. 237

<sup>267</sup> Dîner-débat organisé par la Revue Concurrences avec Stanislas Martin, en partenariat avec le cabinet Bredin Prat et Analysis Group : *Enquêtes pénales et transaction : entre efficacité de l'action de l'Autorité et effectivité des droits de la défense*, 6 déc. 2018, Paris

en cause, dont les références manquent, s'en trouveraient systématiquement pénalisées, malgré la poursuite d'un objectif avoué d'efficacité administrative.

Au-delà de la nécessaire coopération constructive entre acteurs institutionnels nationaux, l'adaptation de la répression pénale au droit de la concurrence implique une coopération internationale poussée ( B ).

## **B. À l'échelle mondiale : la coopération entre autorités de concurrence à l'ère des cartels internationaux**

Depuis l'internationalisation des ententes injustifiables dans les années 1990 et de la mise en réseau des autorités de concurrence des États membres de l'Union européenne au début des années 2000, la répression des pratiques anticoncurrentielles vise de plus en plus des grands groupes de dimension régionale ou mondiale. Ce contexte pose la question de la cohérence des droits nationaux, en ce qu'il apparaît aujourd'hui incohérent d'élaborer un droit de la concurrence sans tenir compte des régimes mis en place chez les voisins de chacun, d'autant que les autorités sont de plus en plus amenées à échanger des informations et à coopérer, tant au stade des enquêtes que du prononcé de la sanction.

Une autre question majeure se pose : celle de l'extradition, car aux États-Unis, les violations donnant lieu à une sanction pénale sont essentiellement d'envergure internationale. Si, aujourd'hui, la menace d'extradition a gagné en crédibilité, le *Department of Justice* peinait naguère à attirer les prévenus non-résidents devant le juge répressif étasunien. Pourtant, depuis 2001, la proportion des non-ressortissants poursuivis pénalement aux États-Unis oscille entre 50 et 70 %<sup>268</sup>. Comment un tel changement a-t-il pu se produire ? Une politique très favorable aux prévenus étrangers, et notamment européens et asiatiques, a été progressivement mise en place. D'une part, le *DOJ* autorise ces derniers à se déplacer et à exercer librement leur activité sur le sol étasunien s'ils acceptent de coopérer pleinement et de purger leur peine de prison. D'autre part, contrairement aux trouvailles de Jensen et Meckling, Donald C. Klawiter affirme que ces dirigeants sont souvent mus par un sens du sacrifice et pensent à l'avenir de leur entreprise. Ils coopèrent donc facilement avec le *DOJ*<sup>269</sup>. Une approche aussi libérale et mercantile de la justice semble, pour l'heure, inenvisageable en Europe, d'autant que le débat relatif à l'extradition y est quasi-inexistant.

---

<sup>268</sup> *Op cit*, no. 31, p. 970

<sup>269</sup> *Op cit*, no. 223, pp. 93-95

Toujours est-il que, dans le monde, en réponse au mouvement de pénalisation des ententes injustifiables, plusieurs États ont établi des mécanismes de coopération permettant à leurs autorités respectives de collaborer étroitement lorsqu'elles diligentent des enquêtes pénales distinctes dans une même affaire. Ainsi se multiplient actuellement les traités d'assistance et de coopération bilatéraux permettant l'extradition des dirigeants ou agents poursuivis pénalement pour des faits d'ententes. Les autorités canadienne, étasunienne et australienne de concurrence en comptent le plus, et ont chacune signé une centaine de traités avec des États en la matière. Notoirement, en avril 2019, l'autorité australienne de concurrence et le *FBI* étasunien ont conclu un protocole de coopération afin de joindre leurs efforts dans la détection et la poursuite des ententes injustifiables, au moyen, entre-autres, de l'échange de savoir-faire et du détachement de personnel<sup>270</sup>.

Toutefois, l'efficacité de ces traités est régulièrement malmenée, rattrapée par l'aspect éminemment politique et sensible de la procédure d'extradition. En premier lieu, la nationalité du prévenu peut y constituer un frein, car une soixantaine de pays dans le monde interdisent ou réduisent les chances d'extradition de leurs propres nationaux<sup>271</sup>. Dans l'affaire des *Tuyaux marins*, plusieurs participants à un cartel d'ampleur planétaire ont été incarcérées au Royaume-Uni et aux États-Unis. Un d'entre eux, un ressortissant italien, Romano Piscioti, a été condamné par contumace aux États-Unis, n'ayant pu y être extradé en vertu d'une loi italienne prohibant l'extradition de ses propres nationaux. Toutefois, c'est au cours d'une escale d'un vol en Allemagne, qu'il a été appréhendé, puis extradé vers les États-Unis, où il a été condamné à une amende et à une peine privative de liberté de deux ans<sup>272</sup>. À son retour en Europe, l'affaire a été portée devant le juge allemand, M. Piscioti considérant que son extradition depuis l'Allemagne violait le principe de non-discrimination en droit de l'Union, en raison du refus des autorités allemandes de le faire bénéficier de l'interdiction d'extradition prévue par la Loi Fondamentale pour tout ressortissant allemand. Une question préjudicielle a été soulevée, à laquelle la Cour de justice a répondu par la négative. Ainsi, le droit de l'Union ne s'oppose pas à ce que l'État membre d'exécution établisse une distinction sur le fondement d'une norme de droit constitutionnel entre ses propres ressortissants et ceux d'autres États membres et qu'il autorise cette extradition alors qu'il interdit l'extradition de ses propres ressortissants, dès lors qu'il a au préalable mis à même les autorités compétentes de l'État membre dont le citoyen est ressortissant de réclamer celui-ci dans le cadre d'un mandat d'arrêt européen et que ce dernier État membre n'a pris aucune mesure en ce sens<sup>273</sup>. Il s'agit d'une des rares occasions où la Cour a accepté

---

<sup>270</sup> Autorité australienne de la concurrence, « ACCC and FBI sign inter-agency cooperation agreement », 15 avr. 2019

<sup>271</sup> HELLINGS, K., SHULAK, D., « Extradition and antitrust law: Businessmen involved in global cartels extradited to foreign countries : the European Union perspective », *Concurrences*, no. 3, 2017

<sup>272</sup> DE STEFANO, G., THOMAS, C., « Extradition and antitrust law: Businessmen involved in global cartels extradited to foreign countries : the European Union perspective », *Concurrences*, no. 3, 2017

<sup>273</sup> CJUE, 10 avr. 2018, *Romano Piscioti c/ Allemagne*, aff. C-191/16, pt. 58



de faire prévaloir la lutte contre la criminalité et l'impunité au détriment de la libre circulation des personnes et du principe de non-discrimination.

En second lieu, les traités d'extradition requièrent une double incrimination, à savoir que les faits litigieux visés constituent une infraction pénale au sens du droit de l'État requérant, mais aussi de celui de l'État d'exécution. Dans l'affaire *Pisciotti*, elle a été remplie, en ce que l'infraction pénale qui lui était reprochée, celle de soumissions concertées à des marchés publics, est en vigueur tant aux États-Unis qu'en Allemagne. Mais, comme vu précédemment, tel n'avait pas été le cas dans l'affaire *Norris*. Toutefois, au regard du mouvement généralisé de répression pénale des pratiques anticoncurrentielles, la condition de double infraction pourrait être de plus en plus facilement remplie.

Plus généralement, en Europe, l'idée de parcourir des milliers de kilomètres pour se soumettre volontairement à une peine de prison en raison d'une participation à une pratique anticoncurrentielle demeure inconcevable. En 2017, la Commission révélait qu'il était déjà difficile, pour vingt-deux autorités nationales de concurrence, de collecter des amendes d'entreprises situées dans un autre État membre, lorsque lesdites entreprises ne sont pas implantées dans l'État sanctionnateur et ce, malgré l'existence du REC<sup>274</sup>. Ces obstacles illustrent le défi que représente la coopération internationale en matière de droit de la concurrence, et laissent penser que certains auteurs de violations graves pourraient rester impunis. Du reste, étant donné que les États membres sont plutôt réticents à l'idée de céder leur souveraineté sur le terrain de la répression pénale, il est improbable que le champ du Mandat d'arrêt européen soit étendu à de telles pratiques ou que des traités bilatéraux spécifiques avec des États tiers soient conclus.

Pour autant, l'idée d'une répression pénale européenne du droit de la concurrence semble doucement infuser dans la doctrine européenne, et même à l'échelle des institutions ( Chapitre 2 ).

---

<sup>274</sup> *Op cit.*, no. 235, p. 18

## **Chapitre 2 — Vers une répression pénale européenne du droit de la concurrence ? Des velléités réformatrices à l'impasse**

Chaque année, l'existence d'ententes provoque des pertes allant de 181 à 320 milliards d'euros, soit environ 3 % du PIB de l'Union<sup>275</sup>, d'autant qu'une étude indique qu'entre 1985 et 2020, moins de 20% des cartels sévissant au sein de l'Union ont été détectés<sup>276</sup>. Partant, le maintien d'une politique européenne de concurrence effective, reposant sur des moyens de dissuasion, de détection et de sanctions efficaces est vitale, mais difficile, du fait de la nécessaire prise en compte des particularismes de chaque État membre. Dans ce contexte, nombre de chantres de la pénalisation du droit de la concurrence s'interrogent sur les bénéfices d'une répression pénale européenne des cartels ( Section 1 ). Celle-ci s'avèrerait riche en défis, tant le processus de pénalisation de tout acte à l'échelle de l'Union est complexe et requiert la mise en équilibre de différents facteurs politiques, sociaux et juridiques. Une « répression pénale européenne » pourrait concerner tant les droits de la concurrence nationaux que de l'Union, se faire par voie d'harmonisation, ou par décentralisation. Toutefois, en l'état actuel des choses, un tel projet semble inenvisageable, et insusceptible de rendre la répression pénale adaptée au droit européen de la concurrence ( Section 2 ).

### **Section 1 — La tentation d'une répression pénale européenne du droit de la concurrence**

À l'heure actuelle, l'Union et ses États membres se démarquent par d'importantes divergences en matière de répression pénale du droit de la concurrence ( A ). Dès lors, se pose la question de savoir quels seraient les mérites et les démérites d'une « répression pénale européenne » en la matière ( B ).

#### **A. Un constat : la fragmentation de la répression pénale du droit de la concurrence en Europe**

Si la répression pénale des pratiques anticoncurrentielles est inexistante à l'échelle des institutions européennes ( i ), elle est bien présente à l'échelle des États membres, mais semble cantonnée à un rôle accessoire à celui de la répression pénale administrative ( ii ).

---

<sup>275</sup> Résolution du Parlement européen du 19 janv. 2016 sur le rapport annuel sur la politique de concurrence de l'Union européenne, 2015/2140(INI), pt. G

<sup>276</sup> ORMOSI, P., « A tip of the iceberg? The probability of catching cartels », *J of Applied Economics*, vol. 29, no. 4, 2014, p. 549

i. À l'échelle des institutions européennes

Au sein de l'Union européenne, l'établissement d'un régime assurant que la concurrence ne soit pas faussée dans le marché intérieur constituait naguère l'un des objectifs assignés à la construction européenne. Aujourd'hui, il est inscrit au Protocole no. 27 sur le marché intérieur et la concurrence des Traités : il apparaît alors que si les libertés de circulation sont une fin en soi, la concurrence n'est qu'un moyen au service de la réalisation du marché intérieur. D'ailleurs, la concurrence visée par le droit de l'Union est une « concurrence praticable » : n'est protégée que la dose de concurrence nécessaire pour que soient respectées les exigences fondamentales et atteints les objectifs du Traité<sup>277</sup>. Le modèle européen de mise en œuvre du droit de la concurrence est administratif (*public enforcement*) : l'application du droit de l'Union est décentralisée et échoit tant à la Commission qu'aux vingt-huit autorités nationales de concurrence, toutes réunies au sein du REC, et qui *peuvent* infliger des sanctions administratives à des entreprises. Celles de la Commission sont, en vertu de l'article 23, paragraphe 2, du Règlement no. 1/2003, exclusivement de nature administrative.

En revanche, le législateur européen a toujours pris le soin d'exclure la répression pénale du droit de la concurrence de l'Union : si le récépissé 16 du Règlement no. 1/2003 admet que « *les personnes physiques sont passibles, selon le système considéré, de sanctions qui peuvent être très différentes* », son article 23, paragraphe 5, précise que les amendes de la Commission n'ont pas un caractère pénal. L'article 14, paragraphe 4, du Règlement no. 139/2004 sur le contrôle de concentrations le réitère. Pour Wils, cette affirmation reflète l'absence de condamnation morale par les Européens des violations des articles 101 et 102 du Traité, et ce, malgré le récent durcissement de la rhétorique de certains officiels de la Commission<sup>278</sup>. De manière intéressante, le Tribunal<sup>279</sup> et certains Avocats-général de la Cour de justice<sup>280</sup> reconnaissent que le droit de la concurrence revêt un « *caractère quasi-pénal* », mais qu'il ne fait pas partie « *du cœur du droit pénal* ». Cette ambiguïté sémantique procède de certains arrêts de la Cour E.D.H. qui ont jugé qu'une amende administrative prise en application d'une loi italienne sur la concurrence, relevait, par ses objectifs, son montant élevé et sa sévérité, de la matière pénale<sup>281</sup>. Toutefois, Ludovic Bernardeau juge difficilement compréhensible que les institutions européennes, dans leur quête de la cohérence, de l'uniformité, et de l'efficacité de l'application des articles 101 et 102 du Traité, tant dans leurs sphères publique que privée, aient « *si*

<sup>277</sup> CJCE, 25 oct. 1977, *Metro c/ Commission*, aff. C-26/76, pt. 20

<sup>278</sup> *Op cit*, no. 14, p. 14

<sup>279</sup> *Op cit*, no. 127

<sup>280</sup> V., par ex., Concl. de l'AG Trstenjak, 15 mai 2008, *Archer Daniels Midland c/Commission*, aff. C-510/06 P, pt. 49 et celles de l'AG Kokott, 18 avr. 2013, *Schindler Holding et al. c/ Commission*, aff. C-501/11 P, pts. 25 et 35.

<sup>281</sup> *Op cit*, no. 104, pt. 42

*ostensiblement délaissé la question sur le terrain du Criminal enforcement* »<sup>282</sup>. Si, en 2016, une résolution du Parlement européen préconisait l'introduction de peines pour les personnes physiques responsables des infractions pour lesquelles les personnes morales sont sanctionnées<sup>283</sup>, Margrethe Vestager, Commissaire sortante à la concurrence, ne les a jamais évoquées. Il sera intéressant de voir quelle sera la position du futur Commissaire, dont le nom sera normalement connu en fin d'année 2019.

Plus généralement, la répression pénale n'est pas un thème de prédilection des institutions. Étant un domaine éminemment régalien, imprégné de considérations éthiques, morales, constitutionnelles et souverainistes, il apparaît logique que les Communautés, mues par un objectif de pacification par l'intégration économique, ne l'ait pas initialement abordé. Si le Traité de Maastricht intégra le droit pénal dans la sphère de compétence de l'Union, dans le cadre d'un pilier intergouvernemental et non communautarisé de la « coopération policière et judiciaire en matière pénale », poursuivi aujourd'hui par l'espace de liberté, sécurité et justice, Patrick Günsberg estime que le déficit démocratique de l'Union, les principes de subsidiarité et de proportionnalité ne légitiment pas son intervention dans la sphère pénale. Dans ce contexte, il juge préférable que la prise de décision en matière pénale se fasse à l'échelle nationale<sup>284</sup>. Encore aujourd'hui, malgré la fusion des piliers effectuée par Lisbonne, le succès du mandat d'arrêt européen et l'apparition de principes cardinaux tels que la reconnaissance mutuelle, il n'existe pas de droit pénal de l'Union européenne à proprement parler. L'action pénale de l'Union est sporadique et confinée à des domaines très précis, tels que la fraude fiscale<sup>285</sup> ou les délits environnementaux<sup>286</sup>. Même la Cour de justice n'a pas osé faire œuvre créatrice en la matière, niant par exemple aux Communautés la compétence de déterminer le type et le niveau des sanctions pénales à appliquer<sup>287</sup>.

## *ii. À l'échelle des États membres de l'Union européenne*

Si l'action pénale s'est imposée avec vigueur aux États-Unis, une analyse des réglementations des États membres de l'Union européenne invite à un constat plus nuancé. Pour décrire le développement de la répression pénale du droit de la concurrence en Europe ces vingt dernières

---

<sup>282</sup> *Op cit.*, no. 29, p. 973

<sup>283</sup> *Op cit.*, no. 275, pt. 29

<sup>284</sup> *Op cit.*, no. 57, p. 55

<sup>285</sup> Directive (UE) 2017/1371 du Parlement européen et du Conseil du 5 juill. 2017 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, OJ L 198

<sup>286</sup> Directive 2008/99/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 nov. 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, OJ L 328

<sup>287</sup> CJCE, 23 oct. 2007, *Commission c/ Conseil*, aff. C-440/05, pt. 70

années, Wils évoque une « *double tendance de dépenalisation et pénalisation* », lorsque le Parlement européen observe une augmentation « *mesurée* » des législations pénales en la matière<sup>288</sup>. En effet, aujourd'hui, dix-neuf États membres incriminent certaines violations du droit de la concurrence, tandis que douze prévoient l'imposition de sanctions individuelles administratives ou civiles. Seuls trois États membres ne prévoient aucune sanction individuelle<sup>289</sup>. Une minorité d'États membres, composée de l'Estonie et de l'Irlande, a opté pour un régime « *tout pénal* », tandis que le « *tout administratif* » semble n'avoir jamais réellement existé, au profit de systèmes hybrides reposant sur un régime mi-administratif, mi-pénal, tel que celui mis en place en France ou au Royaume-Uni. Comme vu précédemment, nombreux sont les États appliquant également des infractions pénales générales à des violations du seul droit de la concurrence<sup>290</sup>.

Pour Laurence Idot, les justifications de l'absence de dispositions pénales spécifiques dans nombre de juridictions européennes sont plurielles : mouvement de dépenalisation des affaires dépeignant les procédures administratives comme plus efficaces et adaptées à la vie économique que les procédures pénales ; refus de la reconnaissance de la responsabilité pénale des personnes morales ; incompatibilité du principe de légalité avec le caractère intrinsèquement imprécis des violations du droit de la concurrence<sup>291</sup>... Lorsqu'elles existent, ces dispositions spécifiques sont laissées inappliquées, par inexpérience ou par crainte qu'elles produisent des effets néfastes sur les programmes nationaux de clémence. Du reste, Florian Wagner-von Papp suggère que l'accoutumance des autorités au régime administratif, couplée à la diversité linguistique des États membres et à la décentralisation de la répression pénale du droit de la concurrence au niveau régional ou local ne facilitent pas l'émergence d'une véritable réflexion commune sur l'opportunité de pénaliser certaines pratiques anticoncurrentielles en Europe<sup>292</sup>.

Enfin, selon Wils, le règlement no. 1/2003 a été conceptualisé de façon à ce que les États membres puissent pénaliser leur droit de la concurrence<sup>293</sup>. D'une part, il leur est loisible de réprimer pénalement les violations des articles 101 et 102 TFUE. En effet, l'article 5 du règlement donne compétence aux autorités nationales de concurrence d' « *infliger des amendes, astreintes ou toute autre sanction prévue par leur droit national* », qu'elles soient donc de nature administrative, civile ou pénale. Cette fenêtre ouverte à la répression pénale se confirme avec l'article 12, paragraphe 3, du règlement, qui indique que si les systèmes juridiques de l'autorité transmettant les informations et de

---

<sup>288</sup> Parlement européen, Direction-générale des politiques internes, A Practitioner's View on the Role and Powers of National Competition Authorities - Background to the *ECN plus* project, avril 2016, IP/A/ECON/2016-06, p. 6

<sup>289</sup> *Op cit*, no. 230, p. 65

<sup>290</sup> *Op cit*, no. 153, p. 17

<sup>291</sup> *Ibid*, pp. 15-17

<sup>292</sup> *Op cit*, no. 52, pp. 16-17

<sup>293</sup> *Op cit*, no. 14, pp. 17-22

l'autorité les recevant prévoient tous deux des sanctions pénales, les informations échangées peuvent être utilisées par l'autorité qui les reçoit, car la protection procédurale des droits de la défense des individus est alors réputée équivalente. En revanche, si deux systèmes juridiques ne prévoient pas des sanctions de même nature, les informations ne peuvent être utilisées que si le même niveau de protection des droits des personnes physiques est assuré dans l'affaire en cause. Dans ce dernier cas, toutefois, une peine privative de liberté ne peut être infligée que si l'autorité émettrice et l'autorité destinataire ont toutes deux le pouvoir d'infliger ce type de sanction. Concrètement, cette limitation permet d'éviter, par exemple, qu'un individu soit incarcéré au Royaume-Uni sur le fondement des preuves collectées par la Commission dans le cadre d'une procédure administrative ayant abouti au prononcé d'une amende à l'encontre d'une entreprise, préservant ainsi les droits de la défense des individus. Ces précautions prescrites par le règlement réfutent l'argument selon lequel les articles 101 et 102 du Traité seraient intrinsèquement étrangers au droit pénal.

D'autre part, les États membres ne peuvent pas réprimer pénalement leur seul droit national de la concurrence. En premier lieu, l'article 3, paragraphe 2, du Traité prohibe, entre-autres, l'interdiction, en droit national, des pratiques anticoncurrentielles affectant le commerce entre États membres, mais qui seraient réputés ne pas fausser la concurrence au sens de l'article 101 du Traité. En second lieu, les principes d'équivalence et d'effectivité requièrent du droit national qu'il prévienne des sanctions aussi efficaces et dissuasives applicables aux violations des articles 101 et 102 du Traité que celles qui le sont vis-à-vis des violations du droit national. Ainsi, si des peines d'emprisonnement peuvent être prononcées à l'encontre de l'auteur d'une entente injustifiable en droit national, elles devront également l'être pour des violations du Traité.

## **B. Des réactions : les avantages discutables d'une répression pénale européenne du droit de la concurrence**

Face à ce constat, de nombreux auteurs européens s'interrogent, depuis les milieux des années 2000, sur les avantages que procurerait une pénalisation de la répression du droit de la concurrence à l'échelle des institutions. Si ceux-là sont multiples et tangibles ( i ), ils peineront à convaincre les sceptiques, au vu des désavantages de taille qui découleraient d'une telle démarche ( ii ).

### *i. Les mérites d'une hypothétique répression pénale européenne du droit de la concurrence*

Comme vu précédemment, il n'existe pas de « droit pénal de la concurrence de l'Union ». Mais, à la vue du succès de l'action pénale étasunienne comme instrument de lutte contre les

violations les plus graves du droit de la concurrence, la doctrine, et même récemment le Parlement européen, se sont interrogés sur l'intérêt de son éventuelle adaptation au droit de l'Union<sup>294</sup>.

Dans une Communication de 2011, la Commission admettait que l'action pénale pouvait permettre d'assurer l'application effective des politiques de l'Union européenne, s'il s'avérait que l'objectif poursuivi pouvait l'être plus efficacement à l'échelle supranationale qu'à l'échelle nationale. Étaient essentiellement visées des pratiques gravement préjudiciables à l'intérêt des entreprises, du contribuable et de la société en général, en matière, entre-autres, de fraude fiscale, de fausse monnaie, de protection des données, d'environnement et de pêche illicite<sup>295</sup>. De manière intéressante, y sont également visées les « *politiques relatives au marché intérieur* » et des pratiques illégales telles que la contrefaçon, la corruption et les conflits d'intérêts non-déclarés dans le contexte de la passation de marchés publics. Ces dernières se rapprochent des soumissions concertées à des appels d'offres, qui font l'objet de sanctions pénales dans certains États membres.

Pourtant, aucune réflexion communautaire en matière de répression pénale des pratiques anticoncurrentielles ne semble émerger. Pourtant, à la question « *les règles du droit européen de la concurrence sont-elles mises effectivement en œuvre par les autorités nationales de concurrence ?* », posée par la Commission dans son étude d'impact en amont de l'adoption de la Directive ECN+, seuls 55% répondants se sont estimés « tout à fait d'accord », tandis que 31% se disaient « fortement en désaccord ». 76% jugeaient alors que lesdites autorités « pouvaient faire plus » pour les mettre en œuvre<sup>296</sup>. Il semble, dès lors, que les moyens actuels dont disposent les autorités nationales de concurrence en vertu du droit de l'Union sont insatisfaisants, et manquent cruellement d'effectivité.

Au vu de ce qui précède, ne serait-il donc pas temps pour l'Union européenne d'envisager une réforme profonde de son droit des pratiques anticoncurrentielles, et de repenser la manière dont sont poursuivies et sanctionnées les ententes injustifiables, étant donné qu'elles perturbent gravement le fonctionnement du marché intérieur, la libre concurrence et l'économie européenne ? Joindre l'action pénale à l'action administrative existante ne maximiserait-elle pas l'effectivité de la politique européenne de concurrence ? Bo Vesterdorf, ancien juge au Tribunal de première instance, estime que cette inertie dessert en effet la cohérence et l'efficacité de la lutte contre les ententes injustifiables<sup>297</sup>. Compte tenu de la dimension transfrontière de nombreuses infractions et de

---

<sup>294</sup> *Op cit*, no. 29, p. 973 et s. ; *Op cit*, no. 14, pp. 46 et s.

<sup>295</sup> Comm. UE, Vers une politique de l'UE en matière pénale: assurer une mise en œuvre efficace des politiques de l'UE au moyen du droit pénal, Bruxelles, 20 sept. 2011, COM(2011)573

<sup>296</sup> *Op cit*, no. 235, p. 10

<sup>297</sup> *Op cit*, no. 128

l'existence du REC, l'adoption de mesures de droit pénal au niveau de l'Union pourrait permettre d'empêcher les auteurs d'infraction de se tapir derrière les frontières nationales ou d'exploiter les différences entre les droits nationaux à des fins criminelles. En outre, le développement des politiques pénales au sein d'une poignée d'États membres risqueraient de perdre en cohérence, dissuasion et efficacité par leur application isolée et sporadique<sup>298</sup> : c'est précisément ce qui semble être arrivé à la répression pénale du Royaume-Uni, deuxième économie de l'Union, et dans laquelle Wouter Wils avait vu — à tort — les germes d'une répression pénale européenne fructueuse. Il voit, du reste, trois grands avantages à ce que la pénalisation des pratiques anticoncurrentielles soit harmonisée à l'échelle des États membres et à celle des institutions européennes.

Tout d'abord, cette démarche offrirait un nouvel outil de lutte contre les cartels aux autorités nationales de concurrence, lesquelles pourraient enfin s'échanger, en vertu de l'article 12, paragraphe 3, du Règlement no. 1/2003, des informations concernant des individus, maximisant ainsi l'efficacité de leurs enquêtes. Ensuite, l'effectivité des sanctions s'en trouveraient renforcées, permettant, par exemple, que des individus soupçonnés ou convaincus pénalement de faits d'ententes soient extradés vers d'autres États membres, ou que les effets d'une incapacitation de dirigeant soit pan-européenne. Enfin, en l'absence d'une telle harmonisation, la répression pénale pourrait faire peser un poids excessif sur certains États membres y ayant déjà recours. Peter Kunzlik affirme qu'il s'agit d'un enjeu vital pour la crédibilité et l'efficacité de l'action de la Commission. Si la répression pénale à l'échelle nationale s'avère plus efficace, plus rapide que la sienne, car menée par des autorités nationales de concurrence aux larges ressources et aux actions diversifiées, la Commission devrait revoir sa copie pour ne pas perdre son rôle central<sup>299</sup>. Une telle position a néanmoins été largement invalidée par les bilans infructueux du Royaume-Uni, de l'Irlande et de l'Estonie, qui sont de nature, selon Mark Furse, à dissuader d'autres États membres de les imiter<sup>300</sup>. Enfin, Ken Daly, grandement inspiré par le système étasunien, voit dans une politique pan-européenne plus axée sur l'action privée et l'action pénale, le moyen de poursuivre et de réprimer efficacement les pratiques anticoncurrentielles<sup>301</sup>.

---

<sup>298</sup> *Op cit*, no. 29, p. 974

<sup>299</sup> KUNZLIK, P., « Globalization and hybridization in antitrust enforcement: European "borrowings from the U.S. approach » *The Antitrust Bulletin*, no. 319, 2003, pts 353-353

<sup>300</sup> FURSE, M., *The Criminal Law of Competition in the UK and in the US*, Londres, Edward Elgar Publishing Ltd, 2012, p. 223

<sup>301</sup> DALY, K., « Cartels and deterrence - creeping criminalisation and the class action boom », *Bloomberg European Business L. J.*, vol. 1, no. 1, 2007, p. 315



ii. Les démerites d'une hypothétique répression pénale européenne du droit de la concurrence

Outre le déficit démocratique soulevé par Günsberg, d'importants problèmes d'ordre techniques pourraient émerger dans le cadre d'une hypothétique répression pénale européenne des pratiques anticoncurrentielles.

Tout d'abord, Jacob Öberg juge cette démarche intrinsèquement inadaptée au droit de la concurrence de l'Union, en ce que le législateur européen manque cruellement d'expérience dans la conception et dans l'usage de sanctions pénales. Dès lors, il pourrait se heurter à des difficultés dans la démonstration de leur utilité pour la mise en œuvre des politiques de l'Union. Öberg suggère alors d'attendre que les amendes pénales individuelles et les incapacitations de dirigeants s'avèrent infructueuses dans les États membres avant d'entreprendre tout effort de répression pénale à l'échelle de l'Union<sup>302</sup>. Une telle approche apparaît cependant contradictoire, car la politique européenne de concurrence étant le reflet des grandes lignes de celles des États membres, il est inenvisageable que soit transposée à l'échelle communautaire un modèle de mise en œuvre du droit de la concurrence contesté, sensible, et qui s'est révélé infructueux dans la poignée d'États membres qui y recourent. Preuve que le droit de l'Union ne peut être entièrement décorrélé des droits nationaux, les craintes vis-à-vis de la répression pénale sont les mêmes tant à l'échelle Commission qu'à celle des États membres : un officiel de la Commission estimait ainsi que l'efficacité des enquêtes décroîtrait si était introduite la répression pénale, en ce que les individus seraient davantage incités à ne pas coopérer et à détruire des éléments de preuve. De fait, le système de répression administrative de l'Union européenne ne semble pas prêt d'évoluer<sup>303</sup>.

Ensuite, en vertu de l'article 105 du Traité, la Commission veille à l'application des principes établis par les articles 101 et 102 : il s'agit, pour la doctrine, du principe d'« application cohérente du droit ». Si, pour Ingeborg Simonsson, dans leur mise en œuvre desdits articles, les États membres recourent à la répression pénale, la Commission serait incapable de faire respecter ce principe, car elle n'aurait pas la qualité pour apparaître devant le juge national ou d'interférer dans leurs procédures pénales, qui seraient inévitablement différentes les unes des autres<sup>304</sup>. En effet, cela outrepasserait son droit à l'information par les États membres des jugements rendus en application des articles 101 et 102 du Traité et celui d'intervenir en tant qu'*amicus curiae*<sup>305</sup>. Cette difficulté pourrait être

---

<sup>302</sup> ÖBERG, J., « Union Regulatory Criminal Law Competence after Lisbon Treaty », *European J of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 19, 2011, p. 311-313

<sup>303</sup> *Op cit*, no. 137

<sup>304</sup> *Op cit*, no. 106, p. 213

<sup>305</sup> Article 15, paragraphes 2 et 3, du règlement no. 1/2003

exacerbée par les options de retrait aux Traités négociées, ironiquement, par certains États membres recourant la répression pénale, tels que l'Irlande, le Royaume-Uni et le Danemark, qui ne participent à l'adoption et à l'application d'instruments pénaux spécifiques qu'après avoir pris une décision en ce sens<sup>306</sup>.

De plus, les prérogatives d'enquête et juridictionnelles de la Commission pourraient être fondamentalement remises en cause à l'aune du standard d'indépendance et de l'impartialité de l'article 6 de la Convention E.D.H. À l'heure actuelle, la jurisprudence des juges de Strasbourg et du Luxembourg considère ce problème comme résolu en ce qu'une décision de la Commission peut toujours faire l'objet d'un recours juridictionnel devant Tribunal<sup>307</sup>. Mais l'introduction de peines privatives de liberté à l'échelle de l'Union pourrait changer la donne, car tant l'entité de première instance (Commission) que celle d'appel (Tribunal) devrait satisfaire le critère d'indépendance et d'impartialité<sup>308</sup>, du fait des garanties procédurales plus élevées en matière pénale. Dès lors, une répression pénale européenne impliquerait une coûteuse et fastidieuse séparation de ces fonctions, sans que la lutte efficace contre les violations du droit de la concurrence ne soit compromise.

Par ailleurs, Simonsson relève que l'efficacité de la répression pénale européenne des pratiques anticoncurrentielles pourrait être altérée par des cartels n'affectant pas le commerce entre États membres, qui est le critère d'application du droit de l'Union. En effet, les comportements dont les effets se localisent à l'intérieur du territoire d'un seul État membre relève de son droit national, lequel pourrait ne pas obligatoirement prévoir ce critère du fait du caractère sensible du droit pénal<sup>309</sup>. Cela se vérifie d'ailleurs avec l'article L. 420-6 c. com. en France. Les dirigeants pourraient donc chercher à contester ce critère d'affectation devant le juge national pour y échapper.

Enfin, les coûts particulièrement élevés de la répression pénale pourraient compliquer sa mise en œuvre effective. En effet, les affaires de cartels s'étendent sur plusieurs années, et peuvent excéder la décennie en cas d'appel, que la procédure soit administrative ou pénale. À titre d'exemple, le pendant civil de l'affaire britannique *British Airways* et *Virgin Atlantic* s'est clos promptement par l'imposition d'une amende administrative de 121,5 millions de livres sterling, dont le prononcé n'est cependant intervenu que trois ans après, dans l'attente de l'issue du procès pénal, lequel a coûté 1,5 million de livres au contribuable britannique et s'est soldé par l'acquiescement des prévenus<sup>310</sup>. De

---

<sup>306</sup> Protocole no. 21 annexé aux Traités constitutifs de l'Union européenne.

<sup>307</sup> Cour E.D.H., 22 nov. 1995, *Bryan c/ Royaume-Uni*, req. no. 19178/91, pt. 40 et TPICE, 14 mai 1998, *Enso Española c/ Commission*, aff. T-348/94, pt. 62

<sup>308</sup> Cour E.D.H., 26 oct. 1984, *De Cubber c/ Belgique*, req. no. 9186/80, pt. 32

<sup>309</sup> CJCE, 31 mai 1979, *Hugin c/ Commission*, aff. C-22/78, pt. 17

<sup>310</sup> NEATE, R., « OFT admits it 'made mistakes' in collapsed British Airways price-fixing trial », *The Telegraph*, 2011

plus, les autorités devraient disposer de ressources suffisantes et mobilisables sur le long terme, et se doter d'une expertise particulière. Ainsi la Suède a-t-elle calculé que 4,5 millions d'euros annuels seraient nécessaires pour la seule mise en œuvre d'une infraction pénale, et a conclu qu'il vaudrait mieux allouer ces sommes au régime administratif<sup>311</sup>.

## **Section 2 — L'infaisabilité de la répression pénale européenne du droit de la concurrence**

Au-delà de l'idée, la conceptualisation et la mise en œuvre d'une hypothétique répression pénale européenne constituerait en revanche une véritable gageure juridique. En effet, en sus d'être actuellement inadapté à la répression pénale du droit de la concurrence ( A ), le cadre juridique de l'Union et les mentalités ne sont pas voués à évoluer, comme en atteste la récente Directive ECN + ( B ).

### **A. L'inadaptation du cadre juridique de l'Union européenne**

En son état actuel, le cadre juridique de l'Union est un terreau infertile pour d'ambitieuses réformes, que celles-ci concernent le droit des concentrations ou la répression pénale du droit des pratiques anticoncurrentielles. Outre l'épineuse question de la forme de l'intervention de l'Union dans une matière aussi délicate ( i ), aucune base juridique prévue par le Traité ne semble actuellement adaptée à une éventuelle pénalisation européenne du droit de la concurrence ( ii ).

#### *i. La forme de l'intervention de l'Union européenne*

L'action pénale de l'Union, telle qu'envisagée par la Commission, est guidée, d'une part, par le principe d'*ultima ratio*, selon lequel le droit pénal doit être seulement utilisé en dernier recours<sup>312</sup>, et par le principe de proportionnalité, selon lequel le contenu et la forme de l'action de l'Union ne doivent pas excéder ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des Traités<sup>313</sup>. En effet, il est admis et respecté que chaque État membre ait ses propres valeurs fondamentales, coutumes et choix, dont le droit pénal est le reflet. Partant, le recours au droit pénal à l'échelle de l'Union doit représenter une *réelle* valeur ajoutée et se montrer respectueux des sensibilités des États membres. Dès lors, pour Patrick Günsberg, la légitimation de l'intervention des institutions européenne requerrait la démonstration irréfutable de la particulière nocivité, tant sur les plans économique que moral, de

---

<sup>311</sup> *Op cit*, no. 106, p. 213

<sup>312</sup> *Op cit*, no. 295, p. 7

<sup>313</sup> Article 5, paragraphe 4, du Traité sur l'Union européenne.

certaines pratiques anticoncurrentielles, de sorte que le recours à la sanction pénale serait perçue comme nécessaire, proportionnée et indispensable à la lutte contre les violations du droit de la concurrence<sup>314</sup>. Cette démonstration serait néanmoins considérablement fragilisée par les expériences peu concluantes d'États puissants tels que le Royaume-Uni. Du reste, toute proposition d'action pénale devrait se montrer aussi consensuelle, cohérente et homogène que possible, en reflétant les tendances actuelles des États membres en matière de types et de niveaux de sanctions. Toutefois, une telle démarche pourrait potentiellement conduire à l'exclusion des peines privatives de liberté du débat, et, partant, du noyau dur de la répression pénale telle que nombre d'auteurs la conçoivent.

Par ailleurs, le principe de subsidiarité revêt une importance toute particulière en matière pénale. Il impose que l'Union ne légifère que si l'objectif poursuivi ne peut être atteint plus efficacement par des mesures prises au niveau national ou régional et local, mais qu'il peut l'être mieux au contraire au niveau de l'Union, en raison de l'échelle ou des effets de la mesure envisagée, et ce dans le respect des droits fondamentaux<sup>315</sup>. Or, ainsi que la Commission l'a elle-même constaté, les mesures de droit pénal empiètent inmanquablement sur les droits individuels, qu'il s'agisse de ceux du suspect, de la victime ou des témoins. Enfin, parce qu'elles peuvent entraîner une privation de liberté, elles exigent une attention particulière de la part du législateur. De là, Ingeborg Simonsson propose, dans le contexte de la décentralisation du droit de la concurrence amorcée par le REC, une pénalisation européenne du droit de la concurrence qui s'appuierait non pas sur la Commission, mais sur les États membres les plus expérimentés en matière de répression pénale du droit de la concurrence, *via* une externalisation, par les États ne disposant pas de dispositions pénales en matière de concurrence, des enquêtes et des poursuites à leur profit<sup>316</sup>. Bien qu'elle soit en congruence avec le principe de reconnaissance mutuelle, une telle suggestion apparaît éminemment infaisable : au vu des échecs patents de la répression pénale entreprise par les autorités britannique, irlandaise et estonienne, il est improbable que les États acceptent de sous-traiter à d'autres des dossiers relevant d'une matière aussi délicate, d'autant qu'une telle stratégie ferait peser une lourde charge de travail et des coûts disproportionnés sur certains juges et régulateurs nationaux. Toutefois, Andreas Reindl souligne que l'expérience des États membres en matière de répression des crimes en col-blanc est bien supérieure à celle de l'Union européenne. Dès lors, une intervention « décentralisée » à l'échelle des États membres, et non à l'échelle des institutions, serait une piste à considérer<sup>317</sup>. Encore faut-il, dans le

---

<sup>314</sup> GÜNSBERG, P., « Exploring the case for Criminalisation of Cartels in Europe » in : BANACH-GUTIERREZ, J., HARDING, C., *EU Criminal Law and Policy. Values, Principles and Methods*, New York, Routledge, 2017, p. 212 et s.

<sup>315</sup> Article 5, paragraphe 3, du Traité sur l'Union européenne.

<sup>316</sup> *Op cit*, no. 106, p. 216

<sup>317</sup> REINDL, A., « How strong is the case for criminal sanctions in cartels cases? » in : CSERES, K.J., SCHINKEL, M.P., VOGELAAR, F.O.W., *Criminalization of Competition Law Enforcement - Economic and Legal Implications for the EU Member States*, Londres, Edward Elgar, 2006. p. 127

contexte sus-décrié et l'absence de volonté politique, que l'idée d'une répression pénale européenne des pratiques anticoncurrentielles parvienne à faire son chemin.

ii. La base juridique

À l'échelle de l'Union européenne, le choix de la base juridique d'une mesure revêt une importance singulière, en ce qu'il révèle la philosophie même de l'acte, détermine si la compétence est exclusive ou partagée avec les États membres, et conditionne la participation plus ou moins effective de l'une ou de l'autre des institutions<sup>318</sup>. Se pose souvent la question de l'harmonisation et de l'unification des règles.

En premier lieu, pour une grande partie de la doctrine<sup>319</sup>, la répression pénale du droit de la concurrence pourrait être entreprise sur le fondement de l'article 83, paragraphe 1, du Traité, qui organise la compétence matérielle de l'Union sur le terrain pénal, et en vertu duquel l'Union a la possibilité d'établir des directives afin de définir des infractions et des sanctions « *dans des domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontalière résultant du caractère ou des incidences de ces infractions ou d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes* ». Pour l'heure, les violations du droit de la concurrence ne figurent pas sur la liste des domaines expressément visés par cette disposition, mais le Conseil pourrait les y inclure après obtention de l'unanimité et de l'approbation du Parlement. La directive pénalisant la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles suivrait, par la suite, le processus législatif traditionnel de co-décision.

En deuxième lieu, pourrait être exploité l'article 83, paragraphe 2, du Traité, lequel confère compétence à l'Union pour l'élaboration de directives dans les domaines déjà harmonisés. Son objectif est d'établir des règles minimales visant la définition des infractions et sanctions pénales, mais est conditionné à la preuve que le rapprochement des législations est « *indispensable pour assurer la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union* ». Pour autant, Aaron Khan estime que les critères d'indispensabilité et d'harmonisation préalable font, et feront toujours défaut, car les articles 101 et 102 sont issus du droit primaire, et non du droit dérivé<sup>320</sup>. Pour Jakob Öberg, il conviendrait dès lors d'harmoniser les sanctions individuelles, puis d'introduire des sanctions

---

<sup>318</sup> KOHLER, C., ENGEL, J.-C., « Le choix approprié de la base juridique pour la législation communautaire : enjeux constitutionnels et principes directeurs », *Europe*, no. 1, 2007.

<sup>319</sup> *Op cit*, no. 14, p. 49 ; no. 29, p. 974 et no. 314, p. 222

<sup>320</sup> *Op cit*, no. 87, p. 84

pénales<sup>321</sup>. Or, une telle proposition de directive n'est même pas assurée d'être avalisée par les États membres.

En troisième lieu, l'article 103 du Traité, qui a permis l'adoption du Règlement no. 1/2003, pourrait constituer une troisième voie envisageable. Il prévoit, par une procédure législative spéciale, l'adoption de « *règlements ou directives utiles en vue de l'application des principes figurant aux articles 101 et 102 sont établis par le Conseil, statuant sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen* ». Mais pour Jakob Öberg, la simple consultation du Parlement européen dans un domaine aussi régalien serait vitupérée par les États membres et perçue comme illégitime, en ce que seul le Conseil légiférerait<sup>322</sup>.

En dernier lieu, pourraient également être utilisés les articles 114, permettant le rapprochement des législations étatiques ayant pour objet rétablissement et le fonctionnement du marché intérieur; 325, sur les mesures de lutte, entre-autres, contre les activités illégales portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, et 352, si une action de l'Union paraît nécessaire, dans le cadre des politiques définies par les traités, pour atteindre l'un de ses objectifs, sans qu'y ait été prévu un pouvoir d'action requis à cet effet<sup>323</sup>.

Indépendamment de la voie législative empruntée, Ludovic Bernardeau met en garde contre les transpositions de l'hypothétique directive qui ne respecteraient pas l'esprit de l'harmonisation, faute d'harmonisation préalable de concepts pénaux généraux et de l'existence d'un droit pénal européen<sup>324</sup>. L'interprétation de la Cour de justice et l'intervention du Parquet européen s'avèreraient alors nécessaires. Toutefois, à l'égard de ce dernier, un ancien secrétaire-général de la Commission, avait affirmé, dans le cadre d'une conférence sur la lutte contre les cartels, que ce Parquet se spécialiserait dans les seules fraudes visant les fonds européens<sup>325</sup>.

---

<sup>321</sup> *Op cit*, no. 314, pp. 315-316.

<sup>322</sup> *Ibid*

<sup>323</sup> *Op cit*, no. 87, pp. 84-85

<sup>324</sup> RUBI-CAVAGNA, E., « Réflexion sur l'harmonisation des incriminations pénales prévues par le traité de Lisbonne », *Revue de Sciences criminelles*, 2009, p. 501

<sup>325</sup> ITALIANER, A., *Fighting Cartels in Europe and the US: different systems, common goals*, Annual Conference of the International Bar Association, Boston, 9 oct. 2013, p. 2

## **B. La directive ECN+ : un coup d'arrêt porté à la répression pénale européenne des pratiques anticoncurrentielles ?**

Si la récente Directive ECN+ semble avoir tué dans l'œuf l'idée d'une répression pénale européenne du droit de la concurrence et réaffirmé la prééminence de son homologue administratif, ( i ), elle n'en demeure pas moins une avancée louable en matière d'immunité pénale et de conciliation entre les systèmes nationaux administratifs et pénaux ( ii ).

### *i. Le délaissement de la sanction pénale des violations du droit européen de la concurrence*

L'objectif de la directive est clair : parvenir à une mise en œuvre effective des articles 101 et 102 du Traité, même en cas d'application parallèle des dispositions nationales, en dotant les autorités nationales de concurrence des « *garanties d'indépendance, des ressources et des pouvoirs de coercition et de fixation d'amendes nécessaires* ». En substance, elle résulte du constat qu'il existe des divergences dans les règles de sanctions ou encore entre les programmes de clémence des États membres, desservant ainsi l'application effective des règles européennes de concurrence. Si ce contexte pouvait paraître propice au lancement d'une réflexion sur la répression pénale, le résultat est pour le moins surprenant.

En 2014, dans le cadre de son évaluation du Règlement no. 1/2003, la Commission a rappelé que le droit de l'Union ne gouverne, ni n'entend harmoniser les sanctions applicables aux infractions du droit de la concurrence, et qu'il incombe aux États membres de choisir celles qui leur semblent les plus effectives, proportionnées et dissuasives, sous réserve du respect des principes d'équivalence et d'effectivité<sup>326</sup>. Les deux volets de l'étude d'impact qui a suivi ont constaté, d'une part, l'impossibilité, pour certaines autorités nationales de concurrence, d'imposer des amendes dissuasives du fait de la prévalence de l'action pénale et, d'autre part, des tensions entre l'imposition de sanctions individuelles et l'efficacité des programmes de clémence. Il semble, d'emblée, que la répression pénale ait été perçue comme un obstacle à l'application effective des dispositions du Traité, auquel un remède doit être impérativement trouvé.

Le résultat de sondages menés auprès de diverses parties prenantes révèle que si les autorités nationales de concurrence doivent disposer de ressources suffisantes dans l'application du droit

---

<sup>326</sup> Comm. UE, Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003: Achievements and Future Perspectives, COM(2014) 453

européen de la concurrence, pour 56% des répondants, la seule, ou principale imposition, par certaines autorités de concurrence, de sanctions pénales, constituent un problème<sup>327</sup>. Il conviendrait dès lors de diversifier les moyens restreints de mise en œuvre du droit de la concurrence dont disposent certaines autorités nationales de concurrence. Il en va de l'effectivité de son application : ainsi, depuis 2004, l'Estonie et l'Irlande, les seuls régimes « tout pénal » de l'Union européenne, n'ont adopté, respectivement, que quatre et deux décisions en application du droit européen de la concurrence, faisant d'elles les pénultième et dernière autorités en la matière<sup>328</sup>. Comme vu précédemment, ces autorités peinent à obtenir la condamnation des auteurs de restrictions verticales et d'abus de position dominante, qui requièrent l'application d'analyses et de théories économiques complexes intrinsèquement et inadaptées au procès pénal. Conséquemment, dans ces pays, une entreprise abusant de sa position dominante n'a aucun risque à avoir<sup>329</sup>.

En matière de clémence, l'absence de base juridique précise en droit de l'Union s'est révélée problématique pour 66% des sondés, la plupart jugeant que la divergence des programmes nationaux sapait l'effectivité de la mise en œuvre du droit de la concurrence et la sécurité juridique pour les entreprises. Par ailleurs, pour 63% d'entre eux, est problématique le fait que seuls certains États membres protègent les employés actuels, ou anciens, des entreprises ayant déposé une demande de clémence contre les sanctions individuelles<sup>330</sup>.

En somme, pour lutter contre la sous-application du droit européen de la concurrence dans les juridictions ayant recours à la répression pénale, la Commission a retenu la possibilité pour ces autorités de concurrence évoluant dans un système « tout pénal », de porter et de défendre une affaire devant le juge répressif, tout en leur permettant d'opter pour une voie civile-administrative selon les faits et circonstances de l'affaire.<sup>331</sup> À cet égard, la Commission constate qu'une unification du modèle de sanction — administrative — serait une interférence indue dans les procédures étatiques. Elle reconnaît même que la menace de sanctions pénales peut pousser à la conformité, et que, partant, supprimer cette possibilité desservirait l'efficacité de l'application du droit européen de la concurrence dans son ensemble<sup>332</sup>. Le Comité économique et social européen, plus critique de l'opportunité du choix d'une directive, a proposé d'unifier ultérieurement les contenus des arsenaux

---

<sup>327</sup> *Ibid*, p. 19

<sup>328</sup> Comm. UE, impact assessment accompanying the document « Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market », part I, SWD(2017) 114 final, p. 13

<sup>329</sup> *Ibid*, p. 22

<sup>330</sup> *Ibid*, pp. 25 et 65

<sup>331</sup> *Op cit*, no. 235, pp. 54-55

<sup>332</sup> *Ibid*, pp 57-58



répressifs administratifs au moyen d'un règlement, tout en préservant la pleine autonomie des États membres en ce qui concerne la législation pénale<sup>333</sup>.

Ainsi la déférence des institutions européennes vis-à-vis du droit pénal des États membres est-elle patente, portant un coup d'arrêt à tout projet, sur le court-terme, de répression pénale européenne des pratiques anticoncurrentielles. Pour l'heure, la première est donc inadaptée aux secondes. Toutefois, ce délaissement de l'action pénale demeure surprenant, d'autant que la Commission a pris dûment note des démerites intrinsèques des sanctions pécuniaires commentés précédemment<sup>334</sup>. En somme, il est peu audacieux, et quelque peu décevant, que la constatation, par cette directive, d'une marge inexploitée pour rationaliser l'application des règles européennes de concurrence par les autorités nationales, aboutisse à une telle orientation politique. L'Union campe en effet sur ses positions idéologiques et persiste à dire que le régime administratif est le meilleur qu'il soit, sans tenir visiblement compte de la tendance mondiale en matière de pénalisation du droit de la concurrence. Comme si la montagne venait d'accoucher, comme si souvent en droit de l'Union, d'une souris. Peut-être faudra-t-il attendre un éventuel échec de la Directive ECN+ pour que soit envisagée sérieusement la répression pénale européenne du droit de la concurrence.

ii. *Les avancées louables en matière de demandes d'immunité d'amendes et de sanctions individuelles*

Ainsi, pour Robert Saint-Esteben, cette directive consacre « *la prééminence de l'action administrative au détriment du droit pénal des pratiques anticoncurrentielles* » et fait le « *sacrifi(ce) (d)es intérêts de la répression pénale si celle-ci affecte l'action administrative* ». Toutefois, cette directive n'en demeure pas moins une réelle avancée pour la protection pénale des individus dont l'entreprise a déposé une demande de clémence, et constitue une planche de salut pour les autorités de concurrence au sein des juridictions « tout pénal », qui verront leurs pouvoirs diversifiés et rationalisés. Indirectement, ce texte constitue même le premier pas de l'Union sur le terrain du droit pénal de la concurrence, en ce qu'elle a préféré accommoder et concilier des régimes nationaux divers et variés avec les impératifs d'application effective du droit européen de la concurrence, qui lui reste éminemment administratif.

---

<sup>333</sup> Avis du Comité économique et social européen sur la « Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur », COM(2017) 142 final, pt. 3.4

<sup>334</sup> *Op cit*, no. 328, pp. 19-20

Dès les considérants de la Directive, le législateur se garde bien d'interférer dans les systèmes nationaux de répression pénale des pratiques anticoncurrentielles, indiquant que la Directive ECN+ « ne devrait pas s'appliquer aux droits nationaux dans la mesure où ceux-ci prévoient l'application de sanctions pénales à des personnes physiques, à l'exception des règles régissant l'interaction entre les programmes de clémence et les sanctions infligées aux personnes physiques »<sup>335</sup>.

Ensuite, dans un souci d'efficacité d'application du droit européen de la concurrence, son article 13, paragraphe 2, donne le pouvoir aux autorités nationales de concurrence d'imposer, ou de requérir, dans une procédure judiciaire autre que pénale, que soit imposée une amende dissuasive, effective et proportionnée. Il s'agit ici de pallier les difficultés rencontrées par certaines autorités dont le bilan en matière d'application des articles 101 et 102 du Traité est terne. Ainsi le Danemark a-t-il déjà annoncé que les rapports institutionnels entre l'autorité de concurrence et le juge devront être revus<sup>336</sup>. La présidente de l'autorité irlandaise de la concurrence a également salué cette avancée, car ses services ne sont jamais parvenus à satisfaire les standards probatoires pénaux en matière d'abus de position dominante et de restrictions verticales, résultant en une sous-application du droit de la concurrence<sup>337</sup>. En France, cette disposition n'aura guère de conséquence sur l'architecture institutionnelle et les mécanismes de coopération entre le juge répressif et l'Autorité de la concurrence. Toutefois, l'article 15 de la directive précisant que le plafond de l'amende sera, dans tous les cas, égal à 10% du chiffre d'affaires mondial total réalisé au cours de l'exercice social précédant la décision de condamnation, le plafond de 3 millions d'euros actuellement applicable aux entités autres que des entreprises (syndicats, association de professionnels) devra être révisé<sup>338</sup>.

Enfin, en cas de demande d'immunité d'amendes dans le cadre d'un programme de clémence, l'article 23 impose que les personnes physiques, qu'elles soient des anciens ou actuels directeurs, gérants ou salariés de l'entreprise ayant déposé la demande, ne soient pas pénalement sanctionnées pour leur participation à l'entente secrète si elles « coopèrent » activement avec l'autorité de concurrence. Partant, étant donné que ce mécanisme n'existe pas en France pour le moment, l'« inquiétant » article L. 420-6 c. com. devra être amendé, ainsi que le réclament, depuis des années, certains auteurs français. En revanche, l'article 23, paragraphe 2 indique bien qu'à défaut de « coopération », laquelle demeure indéfinie mais devrait, en toute vraisemblance, être modelée sur les critères applicables à celle des personnes morales, l'autorité chargée des poursuites pénales pourra procéder à l'enquête. Par ailleurs, signe du souci du législateur de respecter les différentes traditions

---

<sup>335</sup> *Op cit*, no. 126, considérant 12

<sup>336</sup> *Op cit*, no. 228

<sup>337</sup> *Op cit*, no. 108

<sup>338</sup> Article L. 464-2, I, al. 4 du code de commerce.

juridiques des États membres et d'atteindre des compromis, le considérant 65 et l'article 23, paragraphe 5, de la Directive indiquent qu'il serait souhaitable que les autorités puissent décider, soit d'accorder aux personnes une protection contre des sanctions, soit seulement d'atténuer lesdites sanctions, en fonction du résultat de la mise en balance, d'une part, de l'intérêt qu'il y a à poursuivre et/ou à sanctionner ces personnes et, d'autre part, de l'intérêt que présente leur contribution à la détection de l'entente et aux enquêtes menées à ce sujet. Lors de l'évaluation de l'intérêt qu'il y a à poursuivre et/ou à sanctionner ces personnes, il pourrait notamment être tenu compte, de leur responsabilité ou contribution personnelle dans l'infraction<sup>339</sup>.

En France, la loi PACTE, définitivement votée en avril 2019 et qui est censée transposer la Directive ECN+ en droit français, ne fait aucunement mention de l'immunité pénale. En mai, son article 211, qui habilitait le Gouvernement à prendre par ordonnance les mesures de transpositions et à renforcer l'efficacité des procédures mises en œuvre par l'Autorité de la concurrence et des enquêtes conduites par les agents de la DGCCRF, a été censuré par le Conseil constitutionnel pour des motifs de procédure, puisqu'il s'agit d'un cavalier législatif<sup>340</sup>. Étrangement, a été maintenu l'article 212, qui autorise les agents des autorités chargées d'appliquer le droit de la concurrence à se faire communiquer les données techniques de téléphonie et de communication (« fadettes »), à l'exclusion de celles relatives au contenu des communications. Il sera intéressant de voir quelles seront les mesures prises par le législateur français dans les mois à venir. Peut-être la transposition de cette directive sera-t-elle l'occasion pour relancer le débat sur la place et à l'avenir de la sanction pénale en droit français.

---

<sup>339</sup> *Op cit*, no. 126, considérant 65

<sup>340</sup> Cons. constit., 16 mai 2019, déc. n° 2019-781 DC

# Table des matières

<b>Introduction</b> .....	1
<b>Première Partie — L'idée convaincante de la répression pénale du droit de la concurrence</b> .....	4
<b>Chapitre 1 — Le <i>rationale</i> théorique de la répression pénale du droit de la concurrence</b> .....	4
<u>Section 1</u> — Les mérites de la répression pénale du droit de la concurrence.....	4
A. La répression pénale comme instrument dissuasif.....	5
<i>i. Les limites avérées de la sanction pécuniaire optimale</i> .....	5
<i>ii. L'efficacité redoutable de la répression pénale</i> .....	8
B. La répression pénale comme instrument rétributif.....	10
<i>i. Les ententes injustifiables comme « cancer de l'économie »</i> .....	11
<i>ii. Les ententes injustifiables comme « vol, tromperie et tricherie »</i> .....	11
<u>Section 2</u> — Les démérites de la répression pénale du droit de la concurrence.....	14
A. Le véritable problème de l'amoralité du droit de la concurrence.....	14
<i>i. La désacralisation du droit pénal dans son application au droit de la concurrence</i> ....	14
<i>ii. L'apathie publique vis-à-vis du droit de la concurrence</i> .....	15
B. Une inadéquation intrinsèque entre la répression pénale et le droit de la concurrence ?....	18
<i>i. Le risque de sur-pénalisation du droit de la concurrence</i> .....	19
<i>ii. La répression pénale du droit de la concurrence, un mal nécessaire ?</i> .....	20
<b>Chapitre 2 — Le <i>rationale</i> juridique de la répression pénale du droit de la concurrence</b> .....	22
<u>Section 1</u> — L'assurance discutable d'une procédure plus équitable.....	23
A. Répression pénale du droit de la concurrence et renforcement des droits de l'accusé.....	23
<i>i. Une fondamentalisation louable des droits fondamentaux de l'accusé</i> .....	23
<i>ii. Une fondamentalisation mesurée des droits fondamentaux de l'accusé</i> .....	27
B. Répression pénale du droit de la concurrence et règle <i>non bis in idem</i> .....	29
<u>Section 2</u> — La répression pénale du droit de la concurrence à l'épreuve de la sécurité juridique..	31
A. La théorie de la répression pénale du droit de la concurrence à l'épreuve de la sécurité juridique.....	32
<i>i. L'insécurité juridique inhérente au droit de la concurrence</i> .....	32
<i>ii. L'insécurité juridique et la répression pénale du droit de la concurrence</i> .....	33
B. La pratique de la répression pénale du droit de la concurrence à l'épreuve de la sécurité juridique.....	37
<i>i. Les incidences d'une incrimination pénale du droit de la concurrence vaguement définie</i> .....	37
<i>ii. Les incidences d'une incrimination pénale générale appliquée au droit de la concurrence</i> .....	40

**Deuxième Partie — La pratique malaisée de la répression pénale du droit de la concurrence.... 42**

**Chapitre 1 — La mise en œuvre effective de la répression pénale du droit de la concurrence :**

une recherche permanente d'équilibres entre intérêts divergents..... 42

Section 1 — Les stratégies verticales de mise en œuvre d'une répression pénale

adaptée au droit de la concurrence..... 42

A. La lente acquisition du soutien des parties prenantes..... 43

i. *L'acquisition du soutien populaire*..... 43

ii. *L'acquisition du soutien judiciaire*..... 47

B. La recherche d'une articulation vertueuse entre programme de clémence et immunité pénale. 48

i. *Les tensions entre la répression pénale du droit de la concurrence et la clémence..* 49

ii. *Vers une immunité pénale complémentaire de la clémence ?*..... 51

Section 2 — Les stratégies horizontales de mise en œuvre d'une répression pénale

adaptée au droit de la concurrence..... 53

A. À l'échelle nationale : la répartition des rôles de l'autorité de concurrence et du juge répressif..... 53

i. *La recherche d'une « interdépendance institutionnelle » constructive adaptée à la répression pénale*..... 53

ii. *Les défauts inhérents à la répartition des rôles entre les autorités de concurrence et le juge répressif*..... 56

B. À l'échelle internationale : la coopération entre autorités de concurrence..... 58

**Chapitre 2 — Vers une répression pénale européenne du droit de la concurrence ?..... 61**

Section 1 — La tentation d'une répression pénale européenne du droit de la concurrence.... 61

A. Un constat : la fragmentation de la répression pénale en Europe..... 61

i. *À l'échelle des institutions européennes*..... 62

ii. *À l'échelle des États membres de l'Union européenne*..... 63

B. Des réactions : les avantages discutables d'une répression pénale européenne du droit de la concurrence..... 65

i. *Les mérites de la répression pénale européenne des pratiques anticoncurrentielles*..... 65

ii. *Les démérites de la répression pénale européenne des pratiques anticoncurrentielles*..... 68

Section 2 — L'infaisabilité de la répression pénale européenne du droit de la concurrence.... 70

A. L'inadaptation du cadre juridique de l'Union européenne..... 70

i. *La forme de l'intervention de l'Union européenne*..... 70

ii. *La base juridique*..... 72

B. La Directive ECN+ : un coup d'arrêt porté à la répression pénale européenne des pratiques anticoncurrentielles ?..... 74

i. *Délaissement de la répression pénale et renforcement de la répression administrative*.... 74

ii. *Des avancées louables en matière d'immunités pénales et de sanctions individuelles*.... 76

## BIBLIOGRAPHIE

### • Ouvrages

- . BEATON-WELLS, C., EZARCHI, *Criminalising Cartels: Critical Studies of an International Regulatory Movement*, Oxford, Hart Publishing, 2011
- . CARBONNIER, J., *Sociologie juridique*, 2e éd., PUF, coll. Quadrige Manuels, 2004
- . FURSE, M., *The Criminal Law of Competition in the UK and in the US*, Londres, Edward Elgar Publishing Ltd, 2012
- . HARDING, C., JOSHUA, J., *Regulating Cartels in Europe*, 2e éd., Oxford University Press, 2010
- . RIPERT, G., *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 1e éd., LGDJ, 1946
- . TYLER, T., *Why People Obey To The Law*, Yale University Press, 1990
- . WARDHAUGH, B., *Cartels, Markets and Crime: A Normative Justification for the Criminalisation of Economic Collusion*, Cambridge, OUP, 2014
- . WHELAN, P., *The Criminalisation of European Cartel Enforcement: Theoretical, Legal, and Practical Challenges*, Oxford, OUP, 2014,

### • Ouvrages collectifs

- . BERNARDEAU, L., THOMAS É., « Principes généraux du droit et contrôle juridictionnel en droit de la concurrence : M. JOURDAIN : juge pénal ? », *Cahiers de Droit Européen*, 2016/1
- . CONTE, V. P., *Droit pénal et concurrence*, éd. E., JCP, 2000, n°3
- . KOHLER, C., ENGEL, J.-C., « Le choix approprié de la base juridique pour la législation communautaire : enjeux constitutionnels et principes directeurs », *Europe*, no. 1, 2007

### • Thèses

- . BERGER, F., « la France, l'Allemagne et l'acier (1932-1952). De la stratégie des cartels à l'élaboration de la CECA », thèse, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2000
- . GÜNSBERG, P., *Criminalizing Business Cartels in Europe - A Comparative Perspective*, thèse, Université d'Helsinki, 2016

• **Articles**

***Articles en ouvrage collectif***

- . BAKER, D., « Punishment for Cartel Participants in the US: A Special Model? » in : BEATON-WELLS, C., EZARCHI, *Criminalising Cartels: Critical Studies of an International Regulatory Movement*, Oxford, Hart Publishing, 2011
- . BERNARDEAU, L. « Section 2. - La responsabilité pénale » in : *Les amendes en droit de la concurrence*, Bruxelles, éd. Larcier, 2013
- . GALOKHO, C., « De la nécessité d'une politique de clémence en faveur des personnes physiques » in : *Pour une réforme du droit de la concurrence - Groupe de travail sous la présidence de Guy Canivet et Frédéric Jenny*, 2018
- . GÜNSBERG, P., « Exploring the case for Criminalisation of Cartels in Europe » in : BANACH-GUTIERREZ, J., HARDING, C., *EU Criminal Law and Policy. Values, Principles and Methods*, New York, Routledge, 2017
- . MASSEY, P., COOKE, J., « Competition Offences in Ireland: The Regime and its Results » in : BEATON-WELLS, C., EZARCHI, *Criminalising Cartels: Critical Studies of an International Regulatory Movement*, Oxford, Hart Publishing, 2011
- . MILL, J.S., « On Liberty » in Gray, *On Liberty and Other Essays*, Oxford, OUP, 1991
- . SIMONSSON, I., « Criminalising Cartels in the EU: Is There a Case for Harmonisation? » in : BEATON-WELLS, C., EZARCHI, *Criminalising Cartels: Critical Studies of an International Regulatory Movement*, Oxford, Hart Publishing, 2011
- . SPAGNOLO, G., « Criminalization of Cartels and their International Organization », in : CSERES, K.J., SCHINKEL, M.P., VOGELAAR, F.O.W., *Criminalization of Competition Law Enforcement - Economic and Legal Implications for the EU Member States*, Londres, Edward Elgar, 2006
- . WILLIAMS, R., « Cartels in the Criminal Law Landscape », in BEATON-WELLS, C., EZRACHI, A., *Criminalising Cartels: Critical Studies of an International Regulatory Movement*, Oxford, Hart Publishing, 2011
- . ZULEEG, M., « Criminal Sanctions Imposed on Individuals as an Instrument of Enforcement of European Antitrust Law », in : EHLERMANN, C.-D., ATANASIU, I., *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Hart, Oxford, 2002

***Articles de revues spécialisées***

- . BEATON-WELLS, C., « Criminalising Cartels: Australia's Slow Conversion », *World Competition*, vol. 21, no. 205, 2008

- . BEATON-WELLS, C., « Making Cartel Conduct Criminal: A Case-Study of Ambiguity in Controlling Business Behaviour », *Australian and New Zealand Journal of Criminology*, vol. 42, no. 2, 2009
- . BEATON-WELLS, C., « The Politics of Cartel Criminalisation: A Pessimistic View from Australia », *University of Melbourne Law Review*, no. 4, 2008
- . BECKER, G., « Crime and Punishment: An Economic Approach », *The Journal of Political Economy*, vol. 76, no. 2, 1968
- . BLOOM, M., « The Great Reformer: Mario Monti's Legacy in Article 81 and Cartel Policy », *Competition Policy International*, vol. 1, n. 1, 2005
- . CHADWELL, J., « Antitrust Administration and Enforcement », *Michigan Law Review*, no. 53, 1955
- . CHEYNEL, B., « Criminal enforcement du droit de la concurrence : un risque concurrentiel émergent », *Revue Lamy de la Concurrence*, 2010
- . CIMAMONTI, S., « Criminal Antitrust Decisions in the EU: First results of the e-Competitions Research Program », *Concurrences*, no. 1, 2007
- . CLAUDEL, E., « Marchés publics : Le Conseil sanctionne à son tour l'entente dans les marchés publics relatifs aux (Lycées d'Île-de-France) », *Concurrences*, no. 3, 2007
- . CLAUDEL, E., « Sanctions pénales des pratiques anticoncurrentielles: le printemps de l'article L. 420-6 du code de commerce », *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*
- . COFFEE, J., « Paradigms Lost: The Blurring of the Criminal and Civil Law Models – And What Can Be Done About it », *The Yale Law Journal*, vol. 101, no. 1875, 1992
- . COMBE, E., « A la recherche de la sanction optimale », *Concurrences*, vol. 4, 2006
- . COMBE, E., « Sanctions des pratiques anticoncurrentielles: pour quoi faire ? », *Concurrences*, 2015
- . CONNOLLY, R., « How *Per Se* Rule Will Die In Criminal Antitrust Cases », *Law360*, 20 mar. 2019
- . CONNOR, J., « Recidivism Revealed: Private International Cartels 1990-2009 », *Competition Policy International*, vol. 6, no. 2, 2010
- . CONNOR, J., FOER, A., SIMCHA, U., « Criminalizing cartels: An American Perspective », *New J of European Criminal L*, Vol. 1, Issue 2, 2010, p. 205, 207, 217
- . COT, J.-M., Colloque "Sanctions pénales des pratiques anticoncurrentielles" : Les enseignements du droit américain, *Concurrences*, no. 1, 2008
- . CRAYCRAFT, J., GALLO, J.n « Antitrust Sanctions and a Firm's Ability to Pay », *Review of Industrial Organization*, vol. 12, no. 171, 1997



- . DALY, K., « Cartels and deterrence - creeping criminalisation and the class action boom », *Bloomberg European Business L. J.*, vol. 1, no. 1, 2007
- . DAVID, E., « Les poursuites pénales contre les auteurs de pratiques anticoncurrentielles », *Concurrences*, no. 2, 2006
- . DE LA TORRE, F., « The 2006 guidelines on fines : reflections on the Commission's practice », *World Competition*, vol. 33, no. 3, 2010
- . DE STEFANO, G., THOMAS, C., « Extradition and antitrust law: Businessmen involved in global cartels extradited to foreign countries : the European Union perspective », *Concurrences*, no. 3, 2017
- . DEWOST, J.-L., LASSERRE, B., et SAINT-ESTEBEN, R., « L'entreprise, les règles de concurrence et les droits fondamentaux : quelle articulation ? », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 35, no. 2, 2012
- . FAVART, M., « The Greek Parliament criminalizes horizontal competition law infringements », *Concurrences*, 2009
- . GIACOBBO-PEYRONNEL, V., SINGER, P., V « Quelques réflexions et interrogations au sujet de l'effet dissuasif des amendes en droit communautaire de la concurrence », *Concurrences*, n°4, 2009
- . GINSBURG, D.H., WRIGHT, J.D., « Antitrust Sanctions », *Competition Policy International*, vol. 6, no. 2, 2010
- . GREEN, S., « Why it's a crime to tear a tag off a mattress: overcriminalization and the moral content of regulatory offences », *Emory L. J.*, vol. 46, 1997
- . HARDING C., « A pathology of business cartels: Original sin or the child of regulation? », *New J of European Criminal Law*, vol. 1, 2010
- . HENRY, R. E., « Criminal Antitrust Enforcement in the U. S. », *Practical Law Antitrust*, 2019
- . HELLINGS, K., SHULAK, D., « Extradition and antitrust law: Businessmen involved in global cartels extradited to foreign countries : the European Union perspective », *Concurrences*, no. 3, 2017
- . IDOT, L., Colloque « Sanctions pénales des pratiques anticoncurrentielles » : Le droit des États membres de l'Union européenne, *Concurrences*, no. 1, 2008
- . IDOT, L., « La responsabilité pénale des personnes morales : les leçons du droit européen de la concurrence », *Concurrences*, no. 1, 2012
- . IDOT, L., « Réflexions sur l'application de certains principes et notions du droit pénal en droit des pratiques anticoncurrentielles », *Concurrences*, no. 2, 2006
- . JENSEN, M., MECKLING, W., « Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure », *Journal of Financial Economics*, vol. 3, no. 4, 1976

- . JONES, A., KOVACIC, W., « Fighting supplier collusion in public procurement: some proposals for strengthening competition law enforcement », *Competition Policy International*, 2019
- . JONES, A., WILLIAMS, R., « The UK response to the global effort against cartels: is criminalization really the solution? », *J. Antitrust Enforcement*, vol. 2, no. 1, 2014
- . JONES K., HARRISON, F., « Criminal Sanctions : An overview of EU and national case law », *Concurrences*, 2014
- . KADISH, S., « Some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Economic Regulations », *University of Chicago Law Review*, vol. 30, 1963
- . KHAN, A., « Rethinking Sanctions for Breaching EU Competition Law: Is Director Disqualification the Answer? », *World Competition*, vol. 35, no. 1, 2012
- . KLAWITER, D. C., « Antitrust Criminal Sanctions: The Evolution of Executive Punishment », *Competition Policy International*, vol. 8, no. 1, 2012
- . KLÖCKER, M., « The Danish Competition and Consumer Authority refers its first gun-jumping case to the public prosecutor (KPMG / EY) », *Concurrences*, 2015
- . KOVACIC, W., « Individual sanctions for competition law infringements: Pros, cons and challenges », *Concurrences*, no. 2, 2016
- . KUNZLIK, P., « Globalization and hybridization in antitrust enforcement: European "borrowings from the U.S. approach » *The Antitrust Bulletin*, no. 319, 2003
- . LAMOND, G., « What is a Crime? », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 27, no. 609, 2007
- . LANDES, W. M. , « Optimal Sanctions for Antitrust Violations », *University of Chicago Law Review*, vol. 52, no. 2, 1983
- . LEMAIRE, C., Colloque "Sanctions pénales des pratiques anticoncurrentielles" : La coordination entre les juges répressifs et le Conseil de la concurrence, *Concurrences*, no. 1, 2008
- . LEMAIRE, C., « Droit pénal de la concurrence : La Cour de cassation, dans sa jurisprudence récente, conduit à une application à géométrie variable de la prescription des actions engagées sur la base de l'article L. 420-6 C. com (SNF c/Cytec Industries) », *Concurrences*, no. 3, 2008
- . LIMAN, A.,« The Paper Label Sentences: Critiques (1976-1977) », *Yale Law Journal*, vol. 86, no. 619
- . LoPATRIELLO, G., « Cuffs and Compliance: A 5-year Retrospective of Criminal Anti-Cartel Competition Law Enforcement in Canada », *Competition Policy International*, 2014
- . McCULLOCH, A., « The cartel offence: defining an appropriate "moral space" », *Eur. Competition J.*, vol. 8, no. 1, 2012
- . ÖBERG, J., « Union Regulatory Criminal Law Competence after Lisbon Treaty », *European J of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 19, 2011

- . ORMOSI, P., « A tip of the iceberg? The probability of catching cartels », *J of Applied Economics*, vol. 29, no. 4, 2014
- . PARLÉANI, G., Colloque « Sanctions pénales des pratiques anticoncurrentielles : Essai d'une problématique », *Concurrences*, n°1, 2008
- . PATERNOSTER, R., R. Paternoster, « The deterrent effect of the perceived certainty and severity of punishment », *Justice Quarterly*, vol. 4, no. 2, 1987
- . RODA, J.-C., « Cartel : Le Tribunal Fédéral de Porto Rico impose a plus longue peine d'emprisonnement jamais infligée dans une affaire antitrust (Frank Peake) », *Concurrences*, no. 1, 2013
- . ROUCHON, J.-L., RUY, B., SMOLINSKA, A.-M., « Le contentieux de la commande publique : quelles solutions juridictionnelles pour le candidat évincé ? », *Contrats et Marchés publics*, 3/2015, étude 3
- . RUBI-CAVAGNA, E., « Réflexion sur l'harmonisation des incriminations pénales prévues par le traité de Lisbonne », *Revue de Sciences criminelles*, 2009
- . SAINT-ESTEBEN, R., "Une repénalisation du droit de la concurrence en France ? À propos de l'utilisation de l'article 40 du code de procédure pénale par les services d'instruction de l'Autorité », *Concurrences*, no. 2, 2019
- . SOKOL, D., « Reinvigorating Criminal Antitrust? », *University of Florida Levin College of Law Legal Studies*, no. 19, 2018
- . SPROUL, M., « Antitrust and Prices », *Journal of Political Economy*, vol. 101, no. 4, 1993
- . STEPHAN, A., « An empirical evaluation of the normative justifications for cartel criminalisation », *Legal Studies*, vol. 37, n. 4, 2017
- . STEPHAN, A., « How Dishonesty Killed the Cartel Offence », *Criminal L Review*, vol. 6, 2011
- . STEPHAN, A., « Individual sanctions for competition law infringements : Pros, cons and challenges », *Concurrences*, vol. 4, 2016
- . STEPHAN, A., « Why Morality Should Be Excluded from the Cartel Criminalisation Debate », *New Journal of European Criminal Law*, vol. 3, no. 2, 2012
- . VESTERDORF, B., « Are fines the final answer to cartels in Europe? », *Concurrences*, no. 2, 2009
- . VIROS, D., « Individual sanctions for competition law infringements: Pros, cons and challenges », *Concurrences*, no. 2, 2016
- . WAGNER-VON PAPP, F., « Individual sanctions for competition law infringements : Pros, cons and challenges », *Concurrences*, vol. 4, 2016
- . WILS, W., « Is Criminalisation The Answer? », *World Competition*, vol. 28, no. 2, 2005
- . WILS, W., « Independence of Competition Authorities: The Example of the EU and Its Member States », *World Competition*, vol. 42, no. 2, 2019

- . YSEWYN, J., BOUDET, J., « Leniency and competition law : An overview of EU and national case law », *Concurrences*, 2018
- . ZIMMER, D., « Individual sanctions for competition law infringements: Pros, cons and challenges », *Concurrences*, no. 2, 2016

### *Articles de presse*

- . CHAN, C., PATEL, F., « Hong Kong keeps open mind on criminal sanctions for cartel conduct », PaRR, 9 nov. 2017
- . CHUN, R., « Why Americans Don't Cheat on Their Taxes », *The Atlantic*, avr. 2019
- . CRAMB, G., « Alfred Taubman, mall developer and auction house owner, 1924-2015 », *Financial Times*, 18 avr. 2015
- . DE KLEIN, L., « Norway aims to reactivate criminal cartel sanctions – director general », PaRR, 31 août 2018
- . ÉQUY, L., « Valérie Boyer : 'Ce n'est pas un permis de tuer que je veux délivrer' », *Libération*, 22 déc. 2015
- . GRADT, J.-M., « La DGCCRF et l'Autorité de la concurrence vont coopérer davantage », *Les Échos*, 24 juill. 2019
- . HENNING, P. J., « The U.S. Has Its Eye on Big Tech. Will Criminal Inquiries Result? », *The New York Times*, 17 juin 2019
- . KURGONAITE, E., WÄKTARE, E., « Ensuring antitrust compliance may require stick, not only carrot », PaRR, 27 sept. 2013
- . LYNCH, N. E., « Immunity in Criminal Cartel Investigation: A US Perspective », *Latham and Watkins*, 2011
- . LYNCH, R., « Rise of cartel criminalisation raises new legal questions », PaRR, 20 sept. 2012
- . MAUJEAN, G., « UBS, un jugement qui fera date », *Les Échos*, 20 févr. 2019
- . NEATE, R., « OFT admits it 'made mistakes' in collapsed British Airways price-fixing trial », *The Telegraph*, 2011
- . PATEL, F., « South Africa unlikely to mount first criminal cartel case in near term – tribunal chair », PaRR, 6 avr. 2017
- . PATEL, F., THAYIB, A., « Criminal sanctions for cartel behaviour challenge regulators, could result in under-enforcement », PaRR, 17 sept. 2015
- . VASANT, K., « DoJ official flags tension between civil litigation, criminal probes in cartel cases », PaRR, 15 mar. 2019
- . VASANT, K., « Irish agency struggling to enforce non-cartel cases, says chief », PaRR, 4 avr. 2019
- . WATERS, R., « Three ways that Big Tech could be broken up », *Financial Times*, 7 juin 2019

- . « First Irish gun-jumping prosecution ends in charitable donation », PaRR, 9 avr. 2019
- . « Italy faced with flagging leniency applications for bid-rigging, looks to economic data for detection », PaRR, 25 juill. 2017
- . « Lithuanian court fines executive for non-compliance with cartel sanction », PaRR, 01 févr. 2019
- . « South Korea may increase maximum jail term for cartel conduct », PaRR, 16 avr. 2019
- . « Spanish agency sanctioned 19 individuals for cartels since 2007 », PaRR, 24 avr. 2018
- . « UK estate agency director disqualified for competition law breaches", PaRR, 30 avr. 2019

### ***Communiqués de presse et discours***

- . Antitrust Modernisation Commission, Report and Recommendations 297, avr. 2007
- . Autorité australienne de la concurrence, « ACCC and FBI sign inter-agency cooperation agreement », 15 avr. 2019
- . BAKER, D., « Deterring Cartels – the Criminalization Dimension », Competition Law Enforcement Seminar, Dublin, 23 mar. 2012
- . Comm. UE, impact assessment accompanying the document « Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market », part I - II, SWD(2017) 114 final
- . Comm. UE, Pratiques anticoncurrentielles: la Commission inflige à Google une amende de 4.34 milliards d'euros pour pratiques illégales concernant les appareils mobiles Android en vue de renforcer la position dominante de son moteur de recherche, 18 juill. 2018, IP/18/4581
- . Comm. UE, Pratiques anticoncurrentielles: la Commission inflige une amende de 2,93 milliard d'euros à des constructeurs de camions pour avoir participé à une entente, 19 juill. 2016, IP/16/2582
- . Comm. UE, Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003: Achievements and Future Perspectives, COM(2014) 453
- . Dîner-débat organisé par la Revue Concurrences avec Stanislas Martin, en partenariat avec le cabinet Bredin Prat et Analysis Group : Enquêtes pénales et transaction : entre efficacité de l'action de l'Autorité et effectivité des droits de la défense, 6 déc. 2018, Paris
- . HAMMOND, A., PENROSE, R., The proposed Criminalisation of cartels in the UK. A report prepared for the Office of Fair Trading (November 2001), 2002
- . HAMMOND, S. D., « Deterrence and Detection of Cartels: Using All the Tools and Sanctions », 26th Annual National Institute on White Collar Crime, Miami Florida, 1 mar. 2012
- . HAMMOND, S.D., « Cornerstones of an Effective Leniency Program », discours devant le Réseau International de la Concurrence à Sydney, les 22-23 nov. 2004

- . HAMMOND, S.D., « The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades », discours devant le *ABA Criminal Justice Section* et le *ABA Center for Continuing Legal Education*, 25 fév. 2010
- . HAMMOND, S.D., « The Fly On The Wall Has Been Bugged – Catching An International Cartel In The Act », International Law Congress, 15 mai 2001
- . Irish Competition and Consumer Protection Commission, « Second guilty plea in Ireland’s first criminal prosecution involving “gun jumping” in a merger », 10 mai 2019
- . ITALIANER, A., Fighting Cartels in Europe and the US: different systems, common goals, Annual Conference of the International Bar Association, Boston, 9 oct. 2013
- . MADERO VILLAREJO, C., Introductory Remarks for Panel Session, Competition Law Conference, Seoul, 28 avr. 2011
- . Ministère de la Justice, « Il y a 40 ans, le procès de Bobigny », 20 déc. 2012
- . Ministère de l’Emploi finlandais, Kilpailulaki 2010, Competitiveness 4/2009
- . MONTI, M., « Fighting Cartels: Why and How? », discours au Third Nordic Competition Policy Conference, Stockholm, 11-12 sept. 2000
- . SCHAUB A. *e.a.*, « Rapport sur l’appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles », 2010

• **Ressources internet**

- . Banque mondiale, Breaking Down Barriers: Unlocking Africa’s Potential Through Vigorous Competition Policy, 2016 <<https://www.worldbank.org/en/news/feature/2016/07/27/africa-competition>>
- . Comm. UE, Cartel statistics, 2019 ; <<http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>>
- . Conférence du 15 mai 2019, les enquêtes de concurrence, organisée par Concurrences et le Cabinet Mayer Brown, <<https://www.concurrences.com/fr/conferences/enquetes-de-concurrence-2019>>
- . CNUCED, The impact of cartels on the poor, 24 juill. 2013 <[https://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd24rev1\\_en.pdf](https://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd24rev1_en.pdf)>
- . Lettre d’Andrew Tyrie à Greg Clark, secrétaire d’Etat pour le commerce, l’énergie et la stratégie industrielle, 21 févr. 2019, p. 25 <[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/781151/Letter\\_from\\_Andrew\\_Tyrie\\_to\\_the\\_Secretary\\_of\\_State\\_BEIS.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/781151/Letter_from_Andrew_Tyrie_to_the_Secretary_of_State_BEIS.pdf)>
- . OCDE, Fighting Hard Core cartels : Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes, 2002 <<https://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>>
- . OECD Competition Committee, « Cartel Sanctions against Individuals », Policy Roundtables, octobre 2003

- . OCDE, Cartel Sanctions Against Individuals, DAF/COMP(2004) 39, 2005 ;  
<<https://www.oecd.org/competition/cartels/34306028.pdf>>
- . OCDE, Recommandation Concernant une Action Efficace contre les Ententes Injustifiables, 25  
mar. 1998, C(98)35 ; <<https://legalinstruments.oecd.org/public/doc/193/193.fr.pdf>>
- . OCDE, Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions Against Cartels  
Under National Competition Laws, 9 avr. 2002, DAF/COMP ;  
<<http://www.oecd.org/competition/cartels/2081831.pdf>>
- . Rapport Coulon, « La dépenalisation de la vie des affaires », *La Documentation française*, 2008  
<<https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000090.pdf>>

## • **Législation**

### *Textes européens*

#### *Droit primaire*

- . Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, OJ C 326, 26 oct. 2012
- . Version consolidée du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, OJ C 326, 26 oct. 2012
- . Version consolidée du traité sur l'Union européenne, OJ C 326, 26 oct. 2012

#### *Droit dérivé et communications*

- . Avis du Comité économique et social européen sur la « Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur », COM(2017) 142 final
- . Comm. UE, Lignes directrices concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité, OJ C 101, 27 avr. 2004
- . Comm. UE, Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) no. 1/2003, OJ C 210, 2006,
- . Comm. UE, Rapport sur la politique de concurrence 2008, 23 juill. 2009, COM(2009) 374 final
- . Comm. UE, Vers une politique de l'UE en matière pénale: assurer une mise en œuvre efficace des politiques de l'UE au moyen du droit pénal, Bruxelles, 20 sept. 2011, COM(2011)573
- . Directive 2008/99/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 nov. 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, OJ L 328
- . Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les

infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, OJ L 349

- . Directive (UE) 2017/1371 du Parlement européen et du Conseil du 5 juill. 2017 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, OJ L 198
- . Directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur, OJ L 11
- . Parlement européen, Direction-générale des politiques internes, A Practitioner's View on the Role and Powers of National Competition Authorities - Background to the ECN plus project, avril 2016, IP/A/ECON/2016-06
- . Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises ("le règlement CE sur les concentrations") (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), OJ L 24, 29.1.2004
- . Résolution du Parlement européen du 19 janv. 2016 sur le rapport annuel sur la politique de concurrence de l'Union européenne, 2015/2140(INI)

### ***Textes nationaux***

- . Aut. conc., Communiqué de procédure relatif au programme de clémence français, 3 avr. 2015
- . Code de commerce
- . Code de procédure pénale
- . *Enterprise Act 2002*
- . Ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence

### **• Jurisprudence**

#### ***Cour de justice de l'Union européenne***

##### *Cour de justice*

- . CJCE, 13 juill. 1966, *Consten et Grundig*, aff. 56/64
- . CJCE, 13 févr. 1969, *Walt Wilhelm*, aff. C-14/68
- . CJCE, 15 juill. 1970, *ACF Chemiefarma c/ Commission*, aff. C-41/69
- . CJCE, 25 oct. 1977, *Metro c/ Commission*, aff. C-26/76
- . CJCE, 31 mai 1979, *Hugin c/ Commission*, aff. C-22/78
- . CJCE, 18 mai 1982, *AM & S*, aff. C-155/79
- . CJCE, 7 juin 1983, *Musique Diffusion Française e.a. c/ Commission*, aff. C-100/80 à 103/80
- . CJCE, 21 sept. 1989, *Hoechst c/ Commission*, aff. 46/87 et 227/88



- . CJCE, 18 oct. 1989, *Orkem c/ Commission*, aff. 374/87
- . CJCE, 25 avr. 2002, *Commission c/ France*, aff. C-418/00 et 419/00
- . CJCE, 29 juin 2006, *SGL Carbon AG*, aff. C-308/04
- . CJCE, 23 oct. 2007, *Commission c/ Conseil*, aff. C-440/05
- . Concl. de l'AG Trstenjak, 15 mai 2008, *Archer Daniels Midland c/Commission*, aff. C-510/06 P,
- . CJCE, 11 juin 2009, *Inspecteur van de Belastingdienst c/ X BV*, aff. C-429/07
- . CJCE, 10 sept. 2009, *Akzo Nobel NV e.a.*, aff. C-97/08 P
- . CJUE, 20 janv. 2011, *General Química et al. c/ Commission*, aff. C-90/09 P
- . Concl. de l'AG Kokott, 18 avr. 2013, *Schindler Holding et al. c/ Commission*, aff. C-501/11 P
- . CJUE, 9 juill. 2015, *InnoLux Corp.*, aff. C-231/14
- . CJUE, 10 avr. 2018, *Romano Piscioti c/ Allemagne*, aff. C-191/16
- . CJUE, 3 avr. 2019, *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A.*, aff. C-617/17

### *Tribunal*

- . Concl., AG Vesterdorf, 24 oct. 1991, *Rhône-Poulenc SA c/ Commission*, aff. T-1/89
- . TPICE, 6 avr. 1995, *Tréfileurope*, aff. T-141/89
- . TPICE, 14 mai 1998, *Enso Española c/ Commission*, aff. T-348/94
- . TPICE, 25 oct. 2005, *Danone*, aff. T-38/02
- . TPICE, 27 sept. 2006, *Archer Daniel Midland c/ Commission*, aff. T-329/01
- . TPICE, 8 juill. 2008, *BPB plc c/ Commission*, aff. T-53/03
- . Trib. UE, 17 mai 2011, *Elf Aquitaine c/ Commission*, aff. T-299/08
- . Trib. UE, 16 juin 2011, *Heineken Nederland et Heineken c/ Commission*, aff. T-240/07
- . Trib. UE, 27 juin 2012, *Microsoft c/ Commission*, aff. T-167/08
- . Trib. UE, 11 juill. 2014, *Sasol e.a./ Commission*, aff. T-541/08

### ***Cour européenne des droits de l'Homme***

- . Cour E.D.H., 17 janv. 1970, *Delcourt c/ Belgique*, req. no. 2689/65
- . Cour E.D.H., 26 oct. 1984, *De Cubber c/ Belgique*, req. no. 9186/80
- . Cour E.D.H., 7 oct. 1988, *Salabiaku c/ France*, req. no. 10519/83
- . Cour E.D.H., 25 févr. 1993, *Funke c/ France*, req. no. 10588/83
- . Cour E.D.H., 22 nov. 1995, *Bryan c/ Royaume-Uni*, req. no. 19178/91
- . Cour E.D.H., 17 déc. 1996, *Saunders c/ Royaume-Uni*, req. no. 19187/91
- . Cour E.D.H., 23 nov. 2006, *Jussila c/ Finlande*, req. no. 73053/01
- . Cour E.D.H., 27 sept. 2011, *Menarini Diagnostics c/ Italie*, req. no. 43509/08

## *Juridictions françaises*

### *Conseil constitutionnel*

- . Cons. const., 17 janv. 1989, no. 88-248 DC
- . Cons. const., 17 janv. 2013, no. 2012-289 QPC
- . Cons. const., 24 juin 2016, no. 2016-545 QPC et no. 2016-546 QPC
- . Cons. const., 16 mai 2019, déc. n° 2019-781 DC

### *Cour de cassation*

- . Cass. crim., 11 mar. 1991, no. 90-83.855
- . Cass. crim., 9 nov. 1995, *E. B. e.a.*, n°94-84.204
- . Cass. com., 10 déc. 1996, no. 94-16.234
- . Cass. crim., 16 mai 2001, n°99-83.467 et 97-80.888
- . Cass. crim., 16 juin 2004, no. 03-83.593
- . Cass. crim., 20 févr. 2008, *X... Michel e.a.*, n°02-82.676 et 07-82.110, aff. dite des « Lycées d'Île de France »
- . Cass. crim., 19 mar. 2008, *SNF c/ Cytec Industries BV*, n°07-80.473
- . Cass. crim., 22 janv. 2014, no. 12-83.579
- . Cass. crim., 19 déc. 2018, *M. X e.a.*, n°18-82.746

### *Juridictions de première instance et d'appel*

- . CA Paris, 22 févr. 2005, no. 2004/14592
- . CA Paris, 27 févr. 2007, n° 06/00406
- . TGI Paris, 26 mai 2004, no. 9728303534
- . T. corr. Albertville, 23 oct. 2000, *Ministère Public c/ C. F. e.a.*
- . T. corr. Chartres, 22 juin 2000, *Ministère Public c/ A. C. e.a.*
- . T. corr. Grasse, 22 janv. 1999, *Procureur de la République c/ Georges C. e.a.*
- . T. corr. Grenoble, 13 nov. 1997, *marché d'appels d'offres pour des marchés d'enrobés bitumineux*

### *Autorité de la concurrence*

- . Cons. conc., 15 sept. 2004, déc. n°04-D-44
- . Cons. conc., déc. no. 05-D-69, 15 déc. 2005
- . Cons. conc., déc. no. 07-D-15, 9 mai 2007
- . Aut. conc., déc. no. 11-D-02, 26 janv. 2011
- . Aut. conc., 12 mai 2016, déc. n°16-D-09
- . Aut. conc., déc. no. 19-D-13, 24 juin 2019

## *Juridictions étrangères*

- . Chambre des Lords britannique, 12 mar. 2008, *Norris v U.S.*, UKHL 16
- . Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles, division crim., 14 nov. 2008, *R c/ Whittle e.a.*, EWCA Crim 2560
- . Cour fédérale d'Australie, 2 nov. 2007, *ACCC v Visy Industries Holdings Pty Ltd (No 3)*, FCA 1617, 244 ALR 673
- . Cour d'appel des États-Unis pour le neuvième circuit, 25 janv. 2019, *U.S. c/ Javier Sanchez*, n°17/10519
- . Cour de district des États-Unis pour le district nord de la Californie, 6 avr. 2015, *U.S. c/ Topkins*, no. 15 Cr. 201
- . Cour de district des États-Unis pour le district de l'Utah, 21 févr. 2019, *U.S. c/ Kemp*, n°216-cr-00403-DS
- . Cour suprême des États-Unis, 6 mai 1940, *U. S. c/ Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150
- . Cour suprême des États-Unis, 28 juin 1978, *U.S. c/ U.S. Gypsum*, 438 U.S. 422
- . Cour suprême des États-Unis, 13 janv. 2004, *Verizon v. Trinko*, 540 U.S. 398
- . Cour suprême du Canada, 7 nov. 2013, *Thanh Long Vu c/ Her Majesty the Queen*, aff. n°34687
- . Privy Council, 25 juill. 1913, *Attorney General of the Commonwealth of Australia c/ Adelaide Steamship Co. Ltd*, AC 781